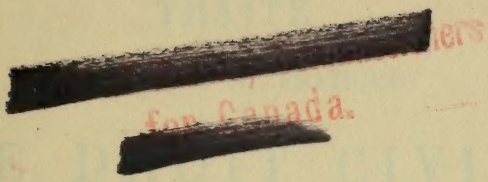
14 MAR. 1973

Universitas Oriensis
BIBLIOTHECA
Facultas Iuris Civilis

Alphonse Fournier
Avocat

45673



TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE DROIT CIVIL

XII

DES OBLIGATIONS

II

Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT CIVIL

DES OBLIGATIONS

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE
DOYEN ET PROFESSEUR DE DROIT CIVIL
A LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

L. BARDE
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE MONTPELLIER

DEUXIÈME ÉDITION

TOME DEUXIÈME

PARIS
LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL G^al DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
ANCIENNE M^on L. LAROSE & FORCEL
22, RUE SOUFFLOT, 5me ARROND^t
L. LAROSE, DIRECTEUR DE LA LIBRAIRIE
1902

KJV
450
.B383
v.12

CHAPITRE IV

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS

SECTION PREMIÈRE

DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES

§ I. *De la condition en général et de ses diverses espèces.*

I. *Notions générales.*

743. Le législateur, dans l'art. **1108**, désigne, comme nous l'avons vu, par le mot *conditions* les éléments essentiels pour la formation des conventions (1). Dans les art. **953** et **1121**, il prend la même expression comme synonyme de *modes* ou, plus spécialement, de *charges* (2). C'est ainsi que, dans l'art. **953**, il entend par *conditions* les charges sous lesquelles les donations peuvent être faites.

La section dont nous commençons l'étude emploie le mot *condition* dans un sens tout différent : « *L'obligation est conditionnelle*, dit l'art. **1168**, *lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas* ».

Dans ce texte et dans les suivants, le législateur désigne sous le nom de condition, soit la déclaration de volonté qui subordonne à un événement futur et incertain la naissance ou la résolution d'une obligation, soit l'événement même que vise cette déclaration de volonté (3).

(1) V. le 1er vol. de ce traité, n. 26.

(2) V. le 1er vol. de ce traité, n. 148.

(3) La condition, disait Pothier, est le cas d'un événement futur et incertain, qui peut arriver ou ne pas arriver, duquel on fait dépendre l'obligation ». *Oblig.*, n. 199. — Cette définition, bien qu'elle ne se rencontre pas dans les textes, résume fidèlement la conception des jurisconsultes romains. V. Bufnoir, *Th. de la condit. en dr. rom.*, p. 2 s.

Notre section, à raison de la matière réglementée par le titre dont elle fait partie, envisage exclusivement les conditions en tant qu'affectant des obligations et même seulement des obligations conventionnelles. Or, d'une part, les conditions peuvent tout aussi bien affecter des droits réels, et, d'autre part, elles peuvent se rencontrer non seulement dans les conventions, mais aussi dans les testaments (1).

744. Quelques dispositions et conventions, à raison de leur nature même ou de leur objet, ne peuvent avoir d'effet que si un certain fait se réalise dans la suite. Le contrat de mariage, par exemple, n'a de valeur que si le mariage, en vue duquel il a été passé, est célébré ultérieurement. De même l'efficacité d'un legs suppose essentiellement que le légataire survit au testateur. Mais, alors même que ces faits sont expressément visés par les parties ou par le disposant, ils ne constituent pas des conditions proprement dites (2).

745. Cela nous amène à constater que la condition, telle que nous l'avons définie, ne peut jamais être qu'un élément accidentel des actes juridiques, car ils peuvent toujours se concevoir sans l'apposition de cette modalité. En un mot la condition procède toujours directement de l'intention des parties ou du disposant (3).

746. Il s'ensuit que les obligations nées de conventions ou de dispositions testamentaires ne peuvent être conditionnelles que lorsqu'une manifestation de volonté, émanant des parties ou du disposant, leur a attribué ce caractère (4).

747. Toutefois les conditions peuvent être soit expresses, soit tacites. Elles sont tacites ou sous-entendues, quand elles résultent de la volonté présumée des contractants. V. art. 1184.

748. En principe, le législateur ou les parties ont la liberté d'apposer aux obligations qui naissent des dispositions testa-

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des don. entre-vifs et des test.*, II, n. 2835-2849 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n. 226, 228 et 470.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 60. — V. cependant Larombière, II, p. 308 (art. 1168, n. 19).

(3) Huc, VII, n. 240 *in fine*, p. 322.

(4) Aubry et Rau, IV, p. 62.

mentaires ou des contrats telles conditions qu'il leur convient. C'est ainsi que, sauf la restriction établie par l'art. 944, les donations entre-vifs peuvent être faites sous les mêmes conditions que les conventions intéressées [1].

749. Ainsi qu'il résulte de notre définition, la condition suppose un événement futur et incertain. Ajoutons que cet événement doit être physiquement, moralement et juridiquement possible.

750. *a.* — L'événement doit être *futur*. Un événement passé ou présent ne forme donc point une condition, alors même que les parties, au moment où elles contractent, ignorent s'il est arrivé ou non. Dans ce cas, il y a seulement apparence de condition. De deux choses l'une : ou l'événement est arrivé, et alors l'acte est pur et simple, et l'obligation existe immédiatement ; ou l'événement n'est pas arrivé, et alors, dès le principe, l'acte aura été inefficace, et, par conséquent, l'obligation n'a pas pu ni ne pourra prendre naissance [2].

Toutefois, tant que les parties sont dans l'incertitude sur le point de savoir si l'événement prévu s'est ou non réalisé, elles sont mentalement dans la même situation que si l'obligation était conditionnelle. C'est sans doute à raison de cette circonstance toute de fait que l'art. 1181 a considéré comme affectée d'une condition l'obligation subordonnée à *un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties*. En droit, il est certain qu'une semblable obligation n'est pas conditionnelle, et, au surplus, comme on le verra, c'est ce qui résulte de l'art. 1181 lui-même [3].

Mais cette solution suppose que l'événement passé ou présent est envisagé comme tel par le disposant ou par les contractants. Si, par erreur, il avait été considéré par eux comme pouvant se réaliser dans la suite, il y aurait alors une condition impossible et la solution serait différente [4].

(1) V. *infra*, n. 788.

(2) « *Conditiones quæ ad præteritum, vel ad præsens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt* ». *Instit.* de Justinien, liv. III, tit. XV, § 6, *De verb. oblig.* — Cpr. Modestin, L. 100, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1. — Pothier, *Oblig.*, n. 202 (édit. Dupin, I, p. 102).

(3) Cpr. Aubry et Rau, IV, p. 62 ; Demolombe, XXV, n. 296.

(4) Aubry et Rau, IV, p. 62, note 6.

751. *b.* — L'événement doit être *incertain*. Cela signifie qu'il doit être susceptible d'arriver ou de ne pas arriver [1]. Il ne suffirait pas que l'incertitude existât par erreur dans l'esprit du disposant ou des parties ; il est indispensable que la réalisation de l'événement, envisagée en elle-même, soit véritablement incertaine. En un mot, il faut une incertitude objective, et non pas seulement une incertitude subjective [2].

Au surplus, un événement doit nécessairement être futur pour être incertain ; la loi aurait donc pu se borner à indiquer ce dernier caractère. Un événement actuellement accompli peut bien être incertain dans l'esprit des parties, mais il ne l'est pas d'une manière absolue [3].

L'événement qui serait futur sans être incertain constituerait un terme et non une condition. Ainsi la prétendue condition *si telle personne meurt* ne peut être qu'un terme, car il n'y a aucune incertitude sur la réalisation de l'événement prévu ; la seule chose qui soit incertaine, c'est l'époque de sa réalisation ; mais tout ce qui résulte de là, c'est que le terme est incertain [4].

752. *c.* — Il faut que l'événement prévu ne soit ni physiquement, ni moralement, ni juridiquement irréalisable.

« *Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux* » *mœurs, ou prohibée par la loi,* dit l'art. **1172**, *est nulle et* » *rend nulle la convention qui en dépend* ». Ce n'est qu'une application de cette règle de raison qu'un acte juridique ne peut produire aucun effet lorsqu'il est subordonné à une condition irréalisable ; or tel est le caractère des conditions dont parle l'art. **1172** : les conditions impossibles ne peuvent aucunement se réaliser, et les conditions illicites (conditions contraires aux bonnes mœurs ou prohibées par la loi) ne peuvent pas se réaliser utilement ; elles sont juridiquement irréalisables.

[1]) Pothier, *Oblig.*, n. 203 ; Demolombe, XXV, n. 298 ; Laurent, XVII, n. 36 ; Huc, VII, n. 243, p. 324.

[2]) « *Quæ enim per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.* » *Instit.* de Justinien, *loc. cit.*

[3]) Aubry et Rau, IV, p. 61 *in fine ;* Huc, *loc. cit.*

[4]) Pothier, *loc. cit.* — C. civ. arg., art. 529.

753. Au point de vue théorique, il n'existe pas de motif pour ne pas étendre cette disposition à tous les contrats sans exception, notamment à tous les contrats à titre gratuit [1]. Cependant, bien qu'il soit très difficile d'expliquer sa décision sur ce point, le législateur déroge à notre règle en matière de donations. Art. 900 [2].

Il y a donc un très grand intérêt à savoir si un contrat subordonné à une condition impossible ou illicite est à titre gratuit ou à titre onéreux. C'est une question de vie ou de mort pour le contrat, et cette question est parfois très délicate, la même convention pouvant présenter à la fois le caractère de libéralité et celui de contrat intéressé [3].

Les tribunaux ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation [4].

754. Pour qu'une condition soit impossible, il n'est pas nécessaire que l'esprit ne puisse pas concevoir sa réalisation, qu'elle s'énonce, par exemple, en ces termes : « Si vous faites un bâton qui n'ait pas deux bouts » ! Il n'est même pas nécessaire que l'accomplissement du fait soit, d'une façon absolue, matériellement impossible, ce qui arriverait, par exemple, pour la condition « si vous touchez le ciel du doigt ». Il suffit que cet accomplissement exige des moyens d'exécution qu'on ne pourrait se procurer que grâce à des circonstances extraordinaires. Tel serait le cas pour la condition : « Si vous faites un tunnel sous la Manche » [5].

755. Toutefois une condition n'est pas impossible par cela seul que la personne qui devrait l'accomplir est incapable de le faire. Il faut, en outre, que la condition ne soit pas réalisable pour les autres personnes. C'est ainsi que la condition « si Pierre fait mon portrait » n'est pas impossible, quoique Pierre n'ait pas la moindre notion de l'art de la peinture [6].

(1) Aubry et Rau, IV, p. 63, texte et note 11.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des don. entre vifs et des test.*, I, n. 65 s., p. 23 s.

(3) Req., 21 déc. 1869, S., 70. 1. 130, D., 70. 1. 308. — Nîmes, 22 janv. 1890, D. P., 91. 2. 113. — V. aussi Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 900, n. 158 s.

(4) Req., 7 déc. 1885, S., 88. 1. 10, D. P., 87. 1. 324.

(5) Cpr. Aubry et Rau, IV, p. 64, texte et note 15 ; Demolombe, XVIII, n. 223.

(6) Toullier, VI, n. 482 ; Aubry et Rau, IV, p. 64 ; Demolombe, XXV, n. 303 ;

Cette solution était celle du droit romain (1).

756. Mais quand la condition est impossible, elle est nulle, aussi bien quand elle consiste dans le fait du stipulant ou d'un tiers que lorsqu'elle consiste dans le fait du promettant (2).

757. C'est au moment où les parties contractent qu'il faut se placer pour apprécier l'impossibilité de la condition. Si, à ce moment, l'impossibilité existe, l'obligation ne se forme pas, et elle ne prendrait pas naissance si, plus tard, le fait constitutif de la condition devenait réalisable : en sens inverse, si la condition est possible quand les parties consentent, le contrat se forme; si elle perd ce caractère dans la suite, il faudra la considérer comme défaillie (3).

758. Toutefois, si l'impossibilité qui existe au moment de la convention ou du décès du testateur est destinée à disparaître par suite de circonstances qu'il est normal de prévoir, la condition ne devra pas être considérée comme impossible. Il convient, en effet, d'admettre, dans cette hypothèse, que celui qui a apposé la condition a prévu ce changement (4).

759. Au surplus, il n'y a pas nécessairement condition impossible dès que le fait qui constitue la condition ne peut pas être rigoureusement accompli. Il faut tenir compte de l'intention des parties, et rechercher si elles ont entendu que la condition fût effectivement réalisée ou simplement que la personne chargée de son accomplissement fît ce qu'elle pourrait pour y arriver. C'est dans le premier cas seulement qu'il y aura condition impossible dans le sens de l'art. **1172** (5).

Laurent, XVII, n. 41. — Cpr. Huc, VII, n. 247, p. 330 *in fine* — V. cep. Larombière, II, p. 315 (art. 1172 et 1173, n. 3).

(1) L. 34, L. 137, § 5, D., *De verbor. oblig.*, XLV, 1.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 64.— V. Req., 8 janvier 1894, S., 95. 1. 279, D. P., 94. 1. 128.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 64 *in fine ;* Laurent, XVII, n. 42 ; Huc, VII, n. 247, p. 330 *in fine.* — L. 58, L. 94 *proœ.*, D., *De condit. et demonst.*, XXXV. 1. — LL. 19 et 20, § 3, D., *De statu lib.*, XL. 7. — V. aussi Savigny, III, p. 166 s.

(4) Aubry et Rau, IV, p. 65, texte et note 19.— L. 58, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV. 1.

(5) Est valable la vente d'une succession, bien que l'acquéreur ne se soit obligé à payer le prix qu'après que les vendeurs lui auraient démontré qu'ils étaient seuls héritiers. Sans doute il est impossible d'établir qu'il n'existe pas d'autre succes-

760. Une condition n'est illicite comme contraire à la loi que lorsque celle-ci interdit d'une façon absolue et permanente la réalisation du fait sur lequel porte cette condition. Il ne suffit donc pas que ce fait soit l'objet d'une prohibition qui, d'après notre législation, pourrait être levée par des dispenses. C'est ainsi que la condition ne serait pas juridiquement impossible si elle consistait dans un mariage entre beau-frère et belle-sœur ou entre oncle et nièce, l'art. 164 du Code civil autorisant le chef de l'Etat à lever pour des raisons graves la prohibition relative à un pareil mariage (1).

761. Mais une condition est illicite comme contraire à la loi par cela seul qu'elle est de nature à entraver ou à restreindre l'usage des diverses facultés que comporte la liberté naturelle ou civile des hommes. En d'autres termes, elle a ce caractère quand elle viole les grands principes du droit moderne. Il n'est pas besoin qu'elle soit en opposition avec un texte spécial de notre législation. Serait donc illicite la condition de ne pas changer de religion, de ne pas embrasser telle carrière, de ne pas se marier (2).

762. Nous avons dit que la condition impossible vicie le contrat, sans qu'il y ait à distinguer si le fait dont il s'agit doit être accompli par le stipulant, par le promettant ou par un tiers. En est-il de même pour la condition illicite? Il nous paraît hors de doute que lorsque le fait doit être accompli par un tiers, la condition illicite n'est pas nulle, ou plutôt, dans ce cas, la modalité appelée condition porte bien sur un

sible; mais, à défaut d'une preuve absolue, il y a lieu, par interprétation de la volonté des parties, de se contenter d'une démonstration convenable. Gand, 19 janv. 1871, *Pasicr.*, 71. 2. 257.

(1) Aubry et Rau, IV, p. 64, note 13.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 66. L'art. 531 du code civil arg., qui consacre des solutions généralement admises, est ainsi conçu : « Sont spécialement prohibées les » conditions suivantes : 1° Habiter toujours un lieu déterminé ou soumettre le » choix du domicile à la volonté d'un tiers ; 2° Changer ou ne pas changer de reli- » gion ; 3° se marier avec une personne déterminée, ou avec l'approbation d'un » tiers, ou dans un certain lieu ou dans un certain temps, ou ne pas se marier ; » 4° Vivre célibataire perpétuellement ou temporairement, ou ne pas se marier » avec une personne déterminée, ou divorcer ». — V. sur les conditions dans les » dispositions à titre gratuit, Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, I, n. 178-194. — V. aussi Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 900, n. 8-155.

fait illicite, mais elle n'est pas illicite elle-même. Je pourrai, par exemple, stipuler valablement que vous me payerez une certaine somme si mon navire, qui fait actuellement une traversée, est capturé par les pirates. C'est tout simplement une application du contrat d'assurances (1).

763. En sens contraire, il faut certainement décider qu'il y a condition illicite quand le fait dont il s'agit doit être accompli par le stipulant : Pierre promet à Paul une certaine somme si ce dernier commet un vol, ou encore il s'engage à payer une pension alimentaire à une femme si elle vit en concubinage avec lui : peut-on hésiter relativement au caractère et à la portée de pareilles conditions ? (2).

764. Les auteurs se divisent quand la condition porte sur le fait du promettant. Pierre s'oblige à me payer une certaine somme s'il commet tel crime ou tel délit, s'il accomplit tel acte immoral. Il n'y a pas de raison, fait-on observer, pour déclarer cette condition nulle. Il existe plutôt un motif d'ordre public en faveur de sa validité. Cette condition n'est-elle pas, en effet, de nature à inciter le promettant à s'abstenir d'un acte répréhensible pour ne pas faire naître l'obligation qui pèserait sur lui ? N'aura-t-elle pas ainsi pour résultat d'assurer l'observation d'un principe de morale ou d'une règle de droit ? On invoque en outre l'autorité du droit romain représenté par Papinien, qui se prononçait pour la validité de l'obligation contractée sous la condition que le promettant serait adultère (3).

Nonobstant ces arguments, nous croyons devoir adopter l'opinion contraire. La condition dont il s'agit a pour but d'amener le promettant à s'abstenir d'un acte illicite par crainte d'encourir une sorte de peine convenue entre les parties. Cela suffit pour rendre cette condition immorale. Ce n'est

(1) Colmet de Santerre, V, n. 92 *bis, in fine ;* Demolombe, XXV, n. 307; Bufnoir, *op. cit.*, p. 37.

(2) L. 1, § 1, D., *De oblig. et act.*, XLIV, 7. — L. 7, § 3, D., *De pactis*, II, 14. — Pothier, *Oblig.*, n. 204 ; Aubry et Rau, IV, p. 65 *in fine ;* Colmet de Santerre, V, n. 92 *bis ;* Demolombe, XXV, n. 305.

(3) L. 121, § 1, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1. — V. Savigny, *op. cit.*, § 122 ; Vangerow, *op. cit.*, III, p. 137 ; Windsheid, *Lehrbuch des Pandectenrechts*, § 94 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 34 s.

BIBLIOTHECA Facultas Juris Civilis

pas, en effet, la perspective d'être soumis à une prestation, mais bien le respect du devoir qui doit retenir le promettant. La question doit être appréciée, non pas d'après les idées de Papinien, mais en se plaçant au point de vue de la civilisation moderne. D'ailleurs, si l'on veut connaître la tradition, il ne faut pas simplement remonter au droit romain, il faut rechercher aussi quelle était, sur notre question, l'opinion des vieux jurisconsultes français et voir si, en ce qui la concerne, ils n'ont pas répudié la doctrine romaine. Pothier, il est vrai, n'a pas spécialement prévu le point qui nous occupe ; mais il a examiné une difficulté qui a avec lui le plus grand rapport, celle de savoir si la condition que le stipulant n'accomplira pas un acte illicite est nulle. Or, ainsi que nous le verrons, il résout cette question par l'affirmative en se fondant sur ce qu'il ne convient pas de stipuler une prestation pour s'abstenir d'un acte dont on a le devoir de s'abstenir. Cela nous autorise à invoquer l'autorité de Pothier, car, dans l'hypothèse par lui prévue et dans la nôtre, il y a même raison de décider. Que le stipulant ait l'avantage de devenir créancier s'il n'accomplit pas un délit, ou que le promettant ait l'avantage de ne pas devenir débiteur s'il s'abstient d'un acte de la même nature, les deux conventions méconnaissent également les exigences de la morale [1].

765. L'art. **1173** ajoute : « *La condition de ne pas faire une* » *chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée* » *sous cette condition* ».

En d'autres termes, l'obligation, nonobstant l'apposition d'une pareille condition, est pure et simple. C'est de l'évidence ! L'événement ne pouvant pas se réaliser, il était inutile de prévoir le cas où il ne se réaliserait pas. Les rédacteurs du Code auraient donc pu se dispenser d'écrire la disposition de l'art. **1173**. S'ils l'ont formulée, c'est parce qu'ils l'ont trouvée dans Pothier [2].

766. Remarquons que la loi ne parle que de la condition

[1] *Sic* Larombière, II, p. 319 (art. 1172 et 1173, n. 9) ; Laurent, XVII, n. 49 ; Huc, VII, n. 248, p. 332. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 92 *bis ;* Aubry et Rau, IV, p. 66 ; Demolombe, XXV, n. 306.

[2] Pothier, *Oblig.*, n. 204 (éd. Dupin, I, p. 103 *in fine*).

de ne pas faire une chose impossible ; elle ne dit rien de la condition de ne pas faire une chose illicite. Ordinairement cette dernière condition rendra la convention nulle, et nulle aussi, par suite, l'obligation qui en résulte.

Tel était, nous l'avons dit par anticipation, le sentiment de Pothier. Après avoir donné, relativement à la condition de ne pas faire un acte impossible, la solution qui a passé dans l'art. 1173, il ajoute : « Mais la condition de ne pas faire une certaine chose qui est contraire aux mœurs ou à la loi peut rendre l'acte nul, parce qu'il est contraire à la justice et à la bonne foi de stipuler une somme pour s'abstenir d'une somme dont nous sommes d'ailleurs obligés de nous abstenir » (1). Pothier, on le voit, ne se prononce pas en termes absolus. D'après lui la condition dont nous parlons *peut* rendre l'acte nul. Voici, à notre avis, quelle est la portée de ces expressions. Quand il s'agit du fait négatif du stipulant, la condition est nécessairement nulle comme illicite et entraîne la nullité du contrat. Ainsi la promesse d'une somme d'argent, faite même spontanément à un homme sous la condition qu'il cessera les relations illicites qu'il a nouées avec telle femme serait nulle ; il y a immoralité à stipuler une somme d'argent pour s'abstenir d'un acte contraire à la loi et aux mœurs. Il en serait de même, à plus forte raison, de la promesse d'une somme d'argent, qui aurait été extorquée par la menace d'accomplir un fait illicite, par exemple de calomnier le promettant, ce qu'on appelle vulgairement un *chantage ;* car ici encore la stipulation n'est que le prix de l'abstention d'un fait illicite (2).

767. La condition est encore toujours nulle quand le fait négatif est celui du promettant. Exemple : Pierre promet une certaine somme s'il ne commet pas un délit ou s'il n'accomplit pas un acte contraire aux bonnes mœurs. Cette condition

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 204 *in fine*.

(2) Larombière, II, p. 319 (art. 1172 et 1173, n. 9) ; Laurent, XVII, n. 48, p. 65 *in fine*. — Solut. expresse dans C. civ. Chil., art. 1476. — Cpr. Huc, VII, n. 248, p. 331. — D'autres auteurs distinguent : ils reconnaissent que la condition est nulle et rend nulle l'obligation, si le stipulant a voulu mettre à prix son abstention ; mais ils se prononcent pour l'autre solution, si le promettant s'est obligé spontanément en vue de détourner le stipulant d'un acte illicite. — V. Colmet de Santerre, V, n. 93 *bis*-I ; Demolombe, XXV, n. 308. — V. aussi Aubry et Rau, IV, p. 65.

est manifestement immorale, puisque, grâce à elle, le promettant a intérêt à commettre une action blâmable [1].

768. Mais, s'il s'agit du fait négatif d'une tierce personne, la condition pourra très bien ne pas rendre le contrat nul. Je m'engage à vous payer une certaine somme dans un mois, si une bande de voleurs qui infeste la localité où je réside ne me dévalise pas avant l'échéance. Cette convention n'est contraire ni aux lois ni à la morale, si j'entends simplement n'assumer l'obligation que dans l'hypothèse où mes ressources actuelles n'auraient pas diminué par l'effet du vol prévu. Il en est autrement si, la somme devant être remise par vous aux voleurs, notre convention a pour but d'obtenir qu'ils s'abstiennent de me dépouiller. En un mot la question de savoir si la condition est nulle quand elle porte sur le fait négatif d'un tiers est appréciée souverainement par le juge.

769. Tous les actes relatifs à des intérêts pécuniaires sont susceptibles d'être affectés de conditions. Mais il en est autrement des actes constitutifs de l'état civil des personnes, et, par conséquent, il ne peut être question d'une condition, ni d'ailleurs d'un terme, en ce qui concerne le mariage, la reconnaissance d'enfant naturel, la légitimation, l'adoption ou l'émancipation [2].

770. De même, quoique pour des motifs tout différents, l'acceptation ou la répudiation d'une hérédité n'admettent ni terme ni condition. Il importe aux créanciers de la succession d'avoir des débiteurs définitifs, et aux héritiers subséquents de savoir à quoi s'en tenir sur la situation qui leur est faite [3]. Cette décision est d'ailleurs conforme à la tradition [4].

771. Il en est ainsi également, selon nous, du choix d'un régime matrimonial : les futurs époux ne peuvent pas subordonner ce choix à une condition, alors même qu'il s'agirait d'une condition mixte ou casuelle. Du moment que, dans notre hypothèse, le terme n'est pas admis, la condition doit être à

[1] Aubry et Rau, IV, p. 66 ; Larombière, *loc. cit.*

[2] V. Aubry et Rau, IV, p. 63, note 10, et V, p. 12-13, texte et note 6 ; Huc, VII, n. 250, p. 334.

[3] Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des succes.*, I, n. 1407 et les autorités par eux citées. — *Adde*, Huc, V, n. 179, p. 223.

[4] Furgole, *Tr. des test.*, ch. X, sect. 1, n. 90, 368 et 477.

plus forte raison exclue, car, à tous les inconvénients du terme, elle ajoute l'incertitude. Or il faut que les tiers soient immédiatement renseignés sur les droits qu'ils auront contre les époux, sans quoi ceux-ci ne trouveraient personne qui voulût contracter avec eux. On objecte qu'au point de vue juridique, grâce à l'effet rétroactif de la condition, les époux se trouveront, après la réalisation de l'événement prévu, avoir toujours eu, à partir de la célébration du mariage, le même régime matrimonial. N'importe, en fait, il y aura cette variation de régime que le législateur a voulu empêcher. Arg. art. **1399**. Sans doute, d'après les anciens auteurs, notamment d'après Renusson, Lebrun et Pothier (1), la communauté pouvait être stipulée sous condition, mais cela provient de ce qu'ils admettaient, à la différence du Code, qu'elle pouvait être stipulée à terme (2).

II. *Divisions des conditions* (3).

1. *De la condition suspensive et de la condition résolutoire.*

772. Au point de vue de l'influence que, d'après la volonté des contractants ou du disposant, la condition est appelée à

(1) Renusson, *Tr. de la comm.*, part. I, chap. IV, n. 8; Lebrun, *Tr. de la comm.*, liv. I, chap. III, n. 10; Pothier, *Tr. de la comm.*, n. 278 (édit. Dupin, VI, p. 189).

(2) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, I, n. 47 *bis*. — *Sic* Bellot des Minières, *Du contr. de mar.*, III, p. 4 s., et *Régime dotal et comm.*, IV, n. 2769; Marcadé, V, sur l'art. 1399, II et III; de Folleville, *Tr. du contr. pécuniaire de mar.*, I, n. 23; Bertauld, *Quest. prat. et doctr. de Code Napoléon*, I, n. 599; de Neyremand, *Rev. prat.*, III, 1857, p. 121; Rodière et Pont, *Du contr. de mar.*, I, n. 89 s.; Troplong, *Du contr. du mar.*, I, n. 332; Laurent, XXI, n. 207; Vigié, III, n. 51, p. 38-40; Arntz, III, n. 528, p. 266; Thiry, III, n. 259, p 282. — *Contra* Toullier, XII, n. 86; Duranton, XIV, n. 97; Aubry et Rau, V, p. 269, texte et note 9; Colmet de Santerre, VI, n. 16 *bis*-II, et 16 *bis*-III; Guillouard, *Du contr. de mar.*, I, n. 98; Huc, IX, n. 28-29, p. 34-37; Colmar, 15 avril 1831, et 28 mars 1854, *Journ. des Arrêts de la cour de Colmar*, XXX, p. 104, V, p. 17.— Toullier enseigne même qu'on peut stipuler un régime matrimonial sous condition potestative, *loc. cit.* Mais il est demeuré seul de cet avis. — V. en sens contraire Civ. cass., 15 mai 1878, S., 78. 1. 449, D. P., 78. 1. 294. — Bordeaux, 1er juil. 1886, S., 88. 2. 187, et Code civ. Fuzier-Herman, art. 1399, n. 2.

(3) A peine est-il besoin de mentionner la division des conditions en conjonctives et en alternatives. L'accomplissement des premières suppose la réalisation de tous les événements prévus. L'accomplissement des autres suppose seulement la réalisation d'un de ces événements. Cette distinction n'est qu'une conséquence de la liberté des conventions. — C. civ. arg., art. 536.

exercer sur le sort du droit qu'elle affecte, on peut distinguer avec le Code civil la condition suspensive et la condition résolutoire.

La formule que le législateur a employée dans l'art. 1168 est complexe, car elle embrasse à la fois ces deux espèces de condition. Procédant par définitions séparées, nous dirons : La condition suspensive est celle à la réalisation de laquelle est subordonnée la naissance d'un droit. La condition résolutoire est celle à la réalisation de laquelle est subordonnée la résolution d'un droit. Ainsi l'obligation sous condition résolutoire, à la différence de l'obligation sous condition suspensive, existe immédiatement et produit tout de suite ses effets ; mais, si l'événement prévu se réalise, tout sera remis au même état que si l'obligation ne s'était jamais formée.

En allant au fond des choses, on se convainc facilement qu'il n'existe qu'une espèce de condition, la condition suspensive ; seulement, elle met en suspens tantôt la naissance de l'obligation, tantôt sa résolution. Ce que le Code civil appelle une obligation sous condition résolutoire, n'est, en réalité, suivant la remarque des jurisconsultes romains, qu'une obligation pure et simple dont la résolution est sous condition suspensive (1).

773. C'est une question de fait que celle de savoir si une condition est suspensive ou résolutoire. Les tribunaux doivent donc, pour la décider, rechercher l'intention des contractants ou du disposant et, par suite, consulter soit les termes de l'acte, soit les circonstances de la cause. Il n'existe aucune présomption légale ni dans un sens, ni dans l'autre (2).

(1) «... *Erit pura emptio quæ sub conditione resolvitur* » (Ulpien). L. 2, D., *De in diem addictione*, XVIII, 2. — V. aussi L. 1, *De lege comm.*, XVIII, 3, et L. 3, D., *De contrat. empt.*, XVIII, 1. — Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 4e éd., II, n. 532, p. 102. — Von Ihering, *Espr. du dr. rom.*, IV, p. 164, note 239. — Toutefois, d'après M. Bufnoir : « Lorsque, sans exercer aucune influence sur l'acte lui-même, la condition doit amener l'extinction du droit conféré par cet acte », les jurisconsultes romains opposaient le droit établi *ad conditionem* (sous une condition résolutoire) au droit établi *sub* ou *ex conditione* (sous condition suspensive). *Op. cit.*, p. 62 *in fine* et 63. — Mais voyez Demolombe, XXV, n. 282.

(2) Duranton, X, n. 44 ; Aubry et Rau, IV, p. 61 ; Laurent, XVI, n. 33. — D'après M. Larombière, si la clause qui établit une condition est obscure ou ambiguë, on doit l'interpréter plutôt comme renfermant une condition résolutoire, car « les

Il s'ensuit que la décision par laquelle les juges du fait déclarent qu'une condition a le caractère suspensif ou le caractère résolutoire est souveraine et qu'elle échappe, en conséquence, au contrôle de la cour suprême [1].

774. Cette première division des conditions a paru la plus importante aux rédacteurs du Code civil. Aussi consacrent-ils à chacune des deux espèces de conditions qu'elle comprend un paragraphe spécial de notre section. Cela s'explique par cette considération que c'est elle qui présente le plus d'intérêt au point de vue des effets [2].

775. Remarquons dès à présent que, par la force des choses, chacune de ces deux espèces de conditions implique l'autre. Toute clause contenant une condition suspensive contient virtuellement une condition résolutoire, et *vice versa.* L'événement qui, par rapport à l'une des parties, constitue une condition suspensive, joue le rôle de condition résolutoire par rapport à l'autre [3].

Il s'ensuit que toute convention translative de propriété, lorsqu'elle est conditionnelle, a pour résultat de faire coexister sur la chose, *pendente conditione,* deux droits de propriété, l'un sous condition suspensive, l'autre sous condition résolutoire. Mais, quand survient l'accomplissement ou la défaillance de la condition, l'un de ces droits exclut l'autre [4].

contrats abandonnés à leur puissance naturelle et aux dispositions ordinaires de la loi produisent des résultats immédiats », II, p. 292 (art. 1168, n. 8). Cette proposition ne saurait être admise, car elle implique l'existence d'une présomption légale; or, c'est vainement qu'on chercherait cette présomption dans la loi. Laurent, *loc. cit.*

(1) C'est ainsi que la vente de marchandise faite sous la condition que la chose vendue sera acceptée par un tiers a pu, à raison des circonstances et par une interprétation souveraine de la volonté des contractants, être considérée comme consentie sous une condition résolutoire et, en conséquence, les risques de la chose vendue mis à la charge de l'acheteur à compter du jour de la livraison. — Req., 28 juil. 1873, S., 75. 1. 118, D. P., 74. 1. 440.

(2) V. *infra,* n. 827 s., 863 s.

(3) *Sic* Larombière, III, p. 14 (art. 1183, n. 16); Demolombe, XXV, n. 281; Huc, VII, n. 244, p. 326. — *Contra,* Duranton, XI, n. 91; Aubry et Rau, IV, p. 61. — V. aussi dans ce dernier sens Savigny, *Syst.,* III, p. 154, note *l.*

(4) *Sic* Marcadé, IV, n. 544; Colmet de Santerre, V, n. 100 *bis*-III, al. 2 et 3: Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXV, n. 408; Laurent, XVII, n. 80 *in fine,* p. 94; Huc, VII, n. 256, p. 344. — *Contra,* Aubry et Rau, *ubi supra,* et II, p. 304, note 68, et III, p. 265, note 13.

Nous montrerons les conséquences de cet important principe quand nous étudierons l'effet rétroactif des conditions accomplies [1].

2. *De la condition positive et de la condition négative.*

776. La condition, suivant que son accomplissement doit consister dans la réalisation ou la non réalisation de l'événement prévu, est positive ou négative : « La condition positive, dit Pothier, est celle qui consiste dans le cas auquel quelque chose, qui peut arriver ou ne pas arriver, arrivera ; comme celle-ci : *si je me marie.* — La condition négative est celle qui consiste dans le cas auquel quelque chose, qui peut arriver ou ne pas arriver, n'arrivera pas ; comme celle-ci, *si je ne me marie pas* » [2]. Le Code civil renferme des dispositions qui supposent cette division (V. art. **1168** *in fine,* art. **1176** et **1177**), mais il ne la formule pas d'une façon spéciale. Cela tient à des raisons que M. Demolombe a fort bien précisées. D'abord cette division est sans portée scientifique ; elle ne présente qu'un intérêt de fait, en tant qu'il s'agit de déterminer à quelle époque une condition doit être censée accomplie ou défaillie. Puis, la plupart du temps, le caractère positif ou négatif d'une condition résulte des expressions qui ont été employées par les contractants ou par le disposant : *Si un tel est vivant le 1er janvier 1900,* voilà une condition positive : *Si un tel n'est pas mort le 1er janvier 1900,* voilà une condition négative. Et cependant l'événement prévu est le même ! N'est-ce pas dire que très souvent cette distinction ne sera qu'une question de mots [3].

777. La condition suspensive peut, tout aussi bien que la condition résolutoire, être négative. La décision contraire ne pourrait se justifier à aucun point de vue. L'art. **1168**, il est vrai, en ce qui concerne l'accomplissement de la condition suspensive, ne parle que de la réalisation de l'événement prévu, tandis qu'à propos de l'accomplissement de la condi-

[1] V. *infra,* n. 810, 815, 818.

[2] Pothier, *Oblig.,* n. 200 (éd. Dupin, I, n. 101).

[3] Demolombe, XXV, n. 283-284. — V. aussi Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs,* Fenet, XIII, p. 241 ; Locré, XII, p. 339, n. 62.

tion résolutoire, il mentionne à la fois et la réalisation et la non réalisation de cet événement. Mais il faut simplement en conclure que ce texte est mal rédigé; au surplus l'art. 1177 suppose une condition suspensive négative [1].

3. *Conditions casuelles, conditions potestatives et conditions mixtes.*

778. Au point de vue des causes qui influent sur leur réalisation, ou, comme le dit M. Larombière, sous le rapport des *agents* de cette réalisation [2], les conditions se divisent en casuelles, potestatives et mixtes.

779. a. — « *La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier, ni du débiteur* ». Art. 1169. Telle serait la condition *si un tel navire arrive à bon port d'Amérique.* Le Code a emprunté cette définition à Pothier; mais il l'a complétée, car ce jurisconsulte ne parlait que du créancier [3].

780. b. — « *La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher* ». Art. 1170. Pothier disait simplement : « La condition potestative est celle qui est au pouvoir de celui envers qui l'obligation est contractée » [4], donc au pouvoir du créancier. Ici encore le Code ajoute à la définition donnée par Pothier. Il résulte, en effet, de l'art. 1170 qu'une obligation peut être valablement contractée sous une condition potestative, soit de la part du créancier, soit de la part du débiteur (arg. des mots *de l'une ou de l'autre des parties*). — *De la part du créancier,* exemple : je vous promets 1,000 fr., si vous abattez tel arbre qui gêne ma vue. — *De la part du débiteur :* je vous vendrai ma maison de Bordeaux, si je vais m'établir à Paris.

781. Avec la condition *potestative* il faut se garder de confondre la condition *purement potestative,* qui n'est autre que la condition *si je veux,* ou toute autre équivalente. Une obli-

(1) Demolombe, XXV, n. 285.
(2) Larombière, II, p. 309 (art. 1169-1170-1171, n. 1).
(3) Pothier, *Oblig.*, n. 201, al. 3.
(4) Pothier, *op. cit.*, n. 201, al. 2.

gation peut bien être contractée valablement sous une condition purement potestative de la part du créancier [1], mais non sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige, car ce n'est pas s'obliger que de s'obliger si l'on veut [2]. C'est ce que dit, ou plutôt ce qu'a voulu dire l'art. **1174**, ainsi conçu : « *Toute obligation est nulle lorsqu'elle a* » *été contractée sous une condition potestative de la part de* » *celui qui s'oblige* ». On ne peut guère douter que ce texte soit relatif à la condition *purement potestative*. D'abord c'est l'explication qui s'impose si l'on consulte la tradition. Pour qu'une condition soit valable, il faut, disait Pothier, « qu'elle ne détruise pas la nature de l'obligation : telle est la condition qui ferait dépendre l'obligation de la *pure et seule volonté* de la personne qui s'engage, comme si je promettais de donner quelque chose à quelqu'un, si cela me plaisait, *si voluero* : car l'obligation étant *juris vinculum quo necessitate astringimur*, et renfermant essentiellement une nécessité de donner ou de faire quelque chose, rien n'est plus contraire à sa nature que de la faire dépendre de la *pure volonté* de celui qu'on supposerait la contracter, et par conséquent une telle condition ne suspend pas, mais détruit l'obligation qui péche en ce cas par le défaut de lien... Il est contraire à l'essence de l'obligation qu'elle dépende de la pure et seule volonté de celui qu'on supposerait l'avoir contractée... » [3]. D'ailleurs, si l'art. **1174** entendait parler de la condition *potestative*, il

[1] Aubry et Rau, IV, p. 67, note 29 ; Mourlon, II, n. 1197 ; Laurent, XVII, n. 35, p. 72; Huc, VII, n. 246, p. 329 *in fine*. — V. aussi *C. civ. ann.* Fuzier-Herman, art. 1174, n. 49. — « Attendu, dit la Cour suprême, que si l'art. 1174 C. civ. déclare nul l'engagement contracté sous une condition qui dépend uniquement de la volonté de celui qui s'oblige, il est au contraire possible, en vertu de la liberté des conventions, de soumettre une obligation à une condition potestative de la part de celui envers qui elle est contractée ». — Req., 11 mars 1879, D. P., 81. 1. 34. — Toulouse, 21 mai 1885, D. P., 86. 2. 187.

[2] « *Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit* » (Javolenus), L. 108, § 1, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1. — V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 535, p. 109; Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 2e éd., p. 462, texte et note 3.

[3] Pothier, *Oblig.*, n. 205 (éd. Dupin, I, p. 104). — Dans le même sens, Toullier, VI, n. 494; Marcadé, IV, n. 551 ; Mourlon, II, n. 1196 ; Colmet de Santerre, V, n. 94 *bis*-I ; Aubry et Rau, IV, p. 66, texte et note 24 ; Demolombe, XXV, n. 314 ; Laurent, XVII, n. 55-56 ; Vigié, II, n. 1377, p. 621 ; Huc, VII, n. 246, p. 328.

serait en contradiction avec l'art. 1170, puisque ce dernier texte suppose la validité de l'obligation contractée sous une condition qu'il est au pouvoir du débiteur de faire arriver ou d'empêcher. Enfin l'expression *purement potestative* figurait dans la rédaction primitive, et elle paraît n'avoir été remplacée par le mot *potestative* que pour rendre l'article applicable non seulement à la condition *si je veux*, qui pouvait paraître exclusivement visée par les mots *purement potestative,* mais à toute condition portant sur un fait dont l'accomplissement est si facile qu'on peut le considérer comme dépendant exclusivement de la volonté du prétendu débiteur, par exemple, à la condition *si je lève le bras* (1).

782. Dans les contrats qui, de leur nature, sont synallagmatiques, cette circonstance que l'obligation de l'une des parties est subordonnée à une condition purement potestative de sa part n'a pas pour effet d'empêcher la formation d'une convention (2). C'est seulement l'obligation affectée de cette condition qui est

(1) L'art. 70 du Projet (plus tard art. 75 du Projet, puis art. 1174 du Code) était ainsi conçu : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition *purement potestative* de la part de celui qui s'oblige ». — Fenet, XIII, p. 13 ; Locré, XII, p. 102. — Cet article était donc, par ses termes mêmes, conforme à la doctrine de Pothier. La section de législation du tribunat proposa de supprimer le mot *purement :* « On évitera ainsi, disait-elle, les difficultés qui pourraient s'élever sur la question de savoir si telle condition, reconnue d'ailleurs pour potestative, est ou n'est pas purement potestative ». Et elle ajoutait : « Cet article serait peut-être encore plus satisfaisant, rédigé de la manière suivante : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle dépend *uniquement* d'une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ». Fenet; XIII, p. 148; Locré, XII, p. 262, n. 18. Le conseil d'Etat supprima le mot *purement*, et on ignore la raison pour laquelle il n'y a pas substitué le mot *uniquement*. Quoi qu'il en soit, il n'est pas douteux que les rédacteurs du Code ont voulu consacrer le principe formulé par Pothier. Bigot-Préameneu, en effet, dans l'*Exposé des motifs*, s'exprime ainsi : « Si la condition dépend de l'une des parties contractantes, si elle est la maîtresse de rompre ou de maintenir le lien que l'acte semble former, il n'y a point réellement d'obligation, elle est nulle ». — Fenet, XIII, p. 240; Locré, XII, p. 338, n. 58. Toutefois c'est par inadvertance que Bigot-Préameneu parle des deux parties, à moins, comme le fait observer M. Laurent, qu'il n'ait en vue les contrats synallagmatiques. XVII, n. 35, p. 42. Le législateur italien de 1865 a rectifié l'énoncé de la disposition de notre art. 1174 conformément à l'interprétation que nous adoptons. V. C. civ. ital., art. 1162 Le C. civ. espagnol a consacré la même doctrine. V. son art. 1115, *in pr.*

(2) Cela suppose, toutefois, que la détermination de l'objet de cette obligation n'est pas abandonnée à l'arbitraire de la partie qui n'est pas liée dès à présent. Ainsi une promesse de vente ne serait pas valable, si le prix devait être fixé par l'acheteur.

nulle. Celle de l'autre partie est valable. Ce qui revient à dire qu'au moment où elle se forme, la convention, au lieu d'être synallagmatique, est unilatérale (1). Exemple : Il est convenu entre Pierre et Paul que le premier vend un objet au second, si celui-ci veut l'acheter. Cette convention, qui constitue une promesse de vente et dont notre code reconnaît la validité, fait naître une obligation à la charge de Pierre, bien qu'elle n'ait point pour effet de lier Paul (2).

Mais, bien entendu, la partie qui ne s'oblige pas au moment de la convention ne peut réclamer l'exécution de l'engagement contracté envers elle qu'en exécutant sa propre obligation. Cela revient à dire que l'exécution ne peut être exigée que si le contrat devient synallagmatique (3).

783. Malgré la généralité de ses termes, l'art. **1174** ne concerne que la condition suspensive. Cette solution est fondée sur le motif même de sa disposition. En effet, s'il déclare nulle une obligation contractée sous une condition purement potestative de la part de celui qui devrait s'obliger, c'est parce que l'idée même d'obligation ne peut pas se concilier avec une condition de cette nature. Cela est vrai quand la condition purement potestative de la part du prétendu débiteur a le carac-

(1) *Sic* Toullier, VI, n. 494; Duranton, XII, n. 30; Mourlon, II, n. 1197; Colmet de Santerre, V, n. 94 *bis*-IV; Aubry et Rau, IV, p. 67, texte et note 29; Demolombe, XXV, n. 323-325; Larombière, II, p. 358 (art. 1174, n. 11); Laurent, XVII, n. 64; Huc, VII, n. 246, p. 329. — Req., 2 juillet 1839, S., 39. 1. 975; 22 janvier 1868, S., 68. 1. 293, D. P., 68. 1. 170. — Civ. cass., 25 nov. 1896, S., 97. 1. 76.

(2) « Le contrat de vente est un contrat synallagmatique, par lequel chacune des parties s'oblige l'une envers l'autre : mais la promesse de vendre est une convention par laquelle il n'y a que celui qui promet de vendre qui s'engage ; celui à qui la promesse est faite ne contracte de sa part aucune obligation ». — Pothier, *Vente*, n. 479 (éd. Dupin, II, p. 214). — V. aussi Aubry et Rau, IV, p. 333-335; Laurent, XXIV, n. 9-18; Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civ.*, III, n. 454-457; Guillouard, *Vente*, I, n. 80-87; Huc, X, n. 26-31; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1589, n. 8 s. — Mais, quand il y a promesse unilatérale de vente, à quel moment la transmission de la propriété s'opère-t-elle ? V. les autorités en sens divers dans Fuzier-Herman, *op. cit.*, art. 1589, n. 37. — En droit romain le contrat synallagmatique était-il nul quand l'une des parties ne s'engageait que sous une condition potestative de sa part ? La question est controversée. V. Savigny, *op. cit.*, III, § 117 *i*; Bufnoir, *op. cit.*, p. 121-124; Accarias, *Précis de dr. rom.*, 4e éd., II, p. 310, note 1; Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 2e éd., p. 462, texte et note 3. — V. aussi les art. 1587 et 1588.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 67.

tère de condition suspensive, car alors elle subordonne entièrement à la volonté de celui-ci la formation même de l'obligation. Mais il en est autrement quand la condition purement potestative est résolutoire ; dans ce cas, elle pourra bien permettre au débiteur d'anéantir rétroactivement l'obligation, mais elle ne lui donne pas le moyen d'empêcher que l'obligation se forme. Rappelons-nous, d'ailleurs, que la condition résolutoire, comme nous l'avons dit plus haut, n'affecte pas l'obligation même. Celle-ci est pure et simple. La condition qu'on appelle inexactement résolutoire tient seulement en suspens la résolution de l'obligation. Lors donc qu'elle est purement potestative de la part du débiteur, elle ne peut pas empêcher la formation de lien, puisque ce n'est pas relativement à cette formation qu'elle a été stipulée (1).

Cette distinction entre le caractère suspensif et le caractère résolutoire quand il s'agit de déterminer les effets de la condition purement potestative, est traditionnelle. Il est a remarquer que Pothier ne traite de cette espèce de condition qu'à propos de la condition suspensive, et qu'il ne la mentionne même pas quand il s'occupe de la condition résolutoire (2).

784. La question de savoir si une condition est purement potestative et si, en conséquence, elle entraîne la nullité de l'obligation, est tranchée souverainement par les juges du fond. C'est en effet une question de fait, car, pour la résoudre, il s'agit simplement d'interpréter la convention (3).

785. c. — « *La condition* mixte *est celle qui dépend tout à* » *la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la* » *volonté d'un tiers.* » Art. **1171**. Telle serait la condition *si vous épousez ma nièce.*

Notre article ne déclare *mixte* que la condition qui dépend de la volonté d'une des parties et de la volonté d'un tiers, et, en cela, il ne fait que reproduire la doctrine de Pothier (4).

(1) Toullier, VI, n. 497; Demolombe, XXV, n. 328; Laurent, XVII, n. 65-66; Huc, VII, n. 246, p. 329 *in fine*. — V. cependant en sens contraire, Colmet de Santerre, V, n. 94 *bis*-III.

(2) Cpr. les art. 1 et 2 du ch. III, de son *Tr. des oblig.*

(3) Laurent, XVII, n. 57. — Req., 12 juin 1856, D. P., 56. 1. 457.

(4) Pothier, *Oblig.*, n. 201, *in. fine* (éd. Dupin, I, p. 102).

Celle qui dépendrait de la volonté d'une des parties et du hasard devrait par conséquent être considérée comme potestative. Si une condition, par cela seul que le hasard a un rôle dans sa réalisation, était mixte, les cas où il y aurait des conditions potestatives deviendraient infiniment rares. Presque toujours le hasard est un agent plus ou moins important dans la réalisation de ces conditions, par exemple des suivantes : *si je fais tel voyage, si je me décide à vendre ma maison*. Mais, comme la volonté de l'une des parties est la cause principale de leur accomplissement, elles n'en sont pas moins considérées comme potestatives (1).

786. Il s'ensuit que lorsque la condition dépend à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de celle d'un tiers, elle est potestative, et non pas mixte, si le tiers est indéterminé. Exemple : *si je me marie*. C'est qu'en pareil cas, relativement aux parties, la volonté du tiers a vraiment le caractère de hasard. La condition n'est donc mixte que lorsqu'il s'agit d'un tiers déterminé. Exemple : *si je me marie avec votre nièce* (2).

787. La condition qui dépend exclusivement de la volonté d'un tiers est casuelle, même si ce tiers est une personne déterminée. Les parties ne sont pas maîtresses de cette volonté, qui par rapport à elle n'est pas autre chose que le hasard (3). Aussi l'obligation, comme le dit Pothier, peut-elle « dépendre de la *pure et seule* volonté d'un tiers » (4), une pareille condition n'exclut pas la possibilité de la formation du lien.

(1) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 90 *bis*-I ; Larombière, II, p. 310 (art. 1171, n. 1) ; Demolombe, XXV, n. 289 ; Laurent, XVII, n. 53 ; Huc, VII, n. 245 *in fine*, p. 327 — Cpr. Vigié, II, n. 1376 *in fine*, p. 621. — *Contra* Duranton, XI, n. 19.

(2) Demolombe, XXV, n. 290.

(3) Toullier, VI, n. 496 ; Demolombe, XXV, n. 321 ; Laurent, XVII, n. 51 ; Vigié, II, n. 1377, p. 622. — V. aussi Bufnoir, *op. cit.*, p. 120. Même quand le tiers de la volonté duquel dépend exclusivement la réalisation de l'événement prévu est une personne déterminée, il nous paraît impossible, pour la raison donnée ci-dessus, de ne pas considérer la condition comme casuelle. Mais cela ne prouve-t il pas que la terminologie du Code est sujette à une critique : Si, dans notre hypothèse, à l'égard des parties, la volonté du tiers est un véritable hasard, comment expliquer que la condition dépendant à la fois de la volonté d'un tiers et de celle de l'un des contractants, soit qualifiée autrement que celle qui dépend en même temps de cette dernière volonté et du hasard ? — V. C. civ. ital., art. 1159 *in fine*.

(4) Pothier, *Oblig.*, n. 205, *in fine* (éd. Dupin, I, p. 104).

788. La division des conditions en casuelles, potestatives et mixtes ne présente guère d'intérêt au point de vue des conventions à titre onéreux. Mais il en est autrement en ce qui regarde les donations entre vifs [1]. Tandis que les obligations produites par les conventions intéressées peuvent être subordonnées à des conditions dépendant de la volonté de l'une ou de l'autre des parties, la règle *Donner et retenir ne vaut* s'oppose à ce que les donations entre vifs soient affectées de conditions potestatives de la part du donateur [2]. Mais, d'après l'opinion générale, les donations entre vifs seraient valables lorsqu'elles sont faites sous une condition mixte, alors même que la volonté du donateur jouerait un rôle dans l'accomplissement de cette condition [3]. Dans tous les cas, il est incon-

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des don. entre vifs et testam.*, I, n. 1455-1462.

(2) Il est évident que les donations entre vifs sont nulles quand la condition qui dépend du donateur est *purement* potestative. Comment n'en serait-il pas ainsi alors que de pareilles conditions ne peuvent même pas affecter les obligations naissant de conventions intéressées? — V. notamment Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, I, n. 1457-1458. — Mais on décide généralement qu'à la différence des contrats à titre onéreux, les donations entre vifs sont nulles quand elles sont faites sous une condition simplement potestative de la part du donateur. La tradition peut être invoquée à l'appui de cette opinion. — Pothier, *Des don. entre vifs*, sect. 2, art. 2, § 3 (éd. Dupin, VII, p. 457) et *Introd. à la Cout. d'Orléans*, tit. XV, n. 18 (même éd., X, p. 468), qui a triomphé en doctrine et en jurisprudence. — V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, I, n. 1459. — V. aussi Toullier, V, n. 270 ; Troplong, *Don. entre vifs*, II, n. 1207 ; Grenier et Bayle-Mouillard, *Don. et test.*, I, p. 294, n. 11 ; Saintespès-Lescot, *Don. et test.*, III, n. 763 ; Marcadé, III, n. 675 ; Colmet de Santerre, IV, n. 86 *bis*-I ; Mourlon, II, n. 518 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 17, § 415, note 15 ; Aubry et Rau, VII, p. 364 et s. texte et note 7 ; Demolombe, XX, n. 418-419, Laurent, XII, n. 407 s. ; Vigié, II, n. 1377 *in fine*, p. 622 ; Huc, VI, n. 221, p. 281. — Orléans, 17 janv. 1846, S., 46. 2. 177, D. P., 46. 2. 203. — Civ. cass., 30 août 1880, S., 81. 1. 57, D. P., 80. 1. 464. — Douai, 25 mai 1881, S., 83. 2. 215. — Mais, sur le point qui nous occupe, les auteurs suivants assimilent la donation entre vifs aux contrats à titre onéreux. Duranton, VIII, n. 474 ; Bauby, *Rev. prat.*, XIII, 1862, p. 10.

(3) V. dans ce sens Toullier, V, n. 271 ; Duranton, VIII, n. 477 ; Colmet de Santerre, IV, n. 86 *bis*-I et 86 *bis*-II ; Troplong, *op. cit.*, II, n. 1211 ; Aubry et Rau, VII, p. 366, texte et note 7 ; Demolombe, XX, n. 420 ; Huc, VI, n. 221, p. 287. — Mais, en sens contraire, voyez Laurent, XII, n. 409 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civ.*, II, n. 487 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, I, n. 1461. Ces derniers auteurs fondent leur décision sur ce motif que, dans notre hypothèse, si la volonté du donateur ne suffit pas pour faire accomplir la condition, elle suffit du moins pour la faire défaillir, et que, par suite, la révocation de la libéralité est à la merci du donateur.

testable qu'une donation entre vifs peut être faite sous une condition casuelle [1].

III. *De l'accomplissement et de la défaillance des conditions.*

789. L'hypothèse où l'incertitude cesse par la défaillance de la condition est la plus simple.

Si la condition qui vient à manquer avait le caractère suspensif, le contrat doit être considéré comme ne s'étant jamais formé. Si la condition qui a défailli était résolutoire, le contrat est définitivement consolidé.

L'hypothèse où l'événement prévu se réalise va nous occuper beaucoup plus longtemps.

1. *Règles générales relatives à l'accomplissement des conditions.*

790. Nos anciens auteurs discutaient à perte de vue sur le point de savoir si les conditions devaient être accomplies *in forma specifica,* c'est-à-dire à la lettre, ou si elles pouvaient être accomplies *per æquipollens,* c'est à-dire d'une manière équivalente. L'art. 1175 tranche en quelques mots cette controverse célèbre : « *Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût* » [2]. Ainsi j'ai contracté envers vous une obligation sous cette condition : si vous me payez 50 louis d'or. Pourrez-vous me payer en pièces de cinq francs? Oui, s'il n'apparaît pas que notre intention ait été que le paiement serait fait précisément en la monnaie indiquée, s'il est démontré que nous avons dit 50 louis comme nous aurions dit 1,000 fr. ; non, dans le cas contraire; le stipulant peut avoir intérêt à recevoir son paiement précisément dans la monnaie indiquée.

791. Si la condition porte sur un fait à accomplir par le stipulant, par le promettant, par le légataire ou par un tiers,

[1] Duranton, VIII, n. 475; Colmet de Santerre, IV, n. 86 *bis,* IV; Aubry et Rau, VII, p. 363 *in fine*; Demolombe, XX, n. 419; Laurent, XII, n. 411, 430 et 431. — Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, n. 1462. — Civ. cass., 30 août 1880 et Douai, 25 mai 1881, précités.

[2] Pothier, *op. cit.*, n. 206, édit. Dupin, I, p. 104; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs,* Fenet, XIII, p. 241; Locré, XII, p. 340, n. 64.

ce fait peut-il émaner utilement d'une autre personne? S'il s'agit, par exemple, d'une condition potestative de la part du stipulant, le fait prévu peut-il être accompli par ses créanciers? La solution dépend de la façon dont le fait mis pour condition a été envisagé par les contractants ou par le testateur. S'il a été considéré en lui-même, il peut être accompli par un tiers. Mais on doit se prononcer en sens contraire si, vu l'intention de celui qui a imposé la condition, il s'agit d'un fait personnel.

Souvent la volonté du disposant ou des parties est suffisamment révélée par la nature même du fait prévu. Il est évident, par exemple, que dans la condition imposée à un ouvrier de creuser un fossé, le fait peut être accompli par un tiers, et qu'il en est autrement dans la condition imposée à un peintre de faire un tableau (1).

792. C'est par la même distinction qu'on doit résoudre la question de savoir si le fait mis en condition peut émaner des héritiers de la personne qui était appelée à l'accomplir. Ici encore il convient de rechercher l'intention des parties et d'avoir égard notamment à la nature du fait prévu.

S'il s'agit d'une condition casuelle, il est certain qu'elle peut se réaliser après la mort des parties contractantes. Art. **1179** *in fine* (2).

Mais les legs conditionnels sont caducs lorsque le légataire meurt avant l'événement de la condition. Art. **1040**. Ils ne peuvent profiter directement qu'à la personne que le testateur a entendu gratifier (3).

793. La règle posée par l'art. **1175** permet également de résoudre cette question : le fait mis pour condition peut-il, s'il est divisible, être utilement l'objet d'un accomplisse-

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 207; Toullier, VI, n. 592-593; Duranton, XI, n. 45; Aubry et Rau, IV, p. 68; Larombière, II, p. 381 (art. 1175, n. 6); Demolombe, XXV, n. 353; Laurent, XVII, n. 72; Vigié, II, n. 1383, p. 624; Huc, VII, n. 251, p. 335.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 208; Toullier, VI, n. 590-593; Larombière, II, p. 383 (art. 1175, n. 6); Demolombe, XX, n. 334-335; Laurent, XVII, n. 71; Huc, VII, n. 251, *in fine*, p. 335. — Il en était ainsi en droit romain, V. Accarias, *op. cit.*, II, p. 114.

(3) V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des don. entre vifs et des testam.*, II, n. 2835-2836.

ment partiel, en ce sens du moins que cet accomplissement fasse naître dans une mesure proportionnelle le droit du créancier? Sans doute, s'il est impossible de constater quelle a été sur ce point l'intention des parties, il faut décider que l'accomplissement partiel est sans effet, et on doit se prononcer ainsi alors même qu'en soi le fait prévu serait essentiellement divisible, et alors même que la personne qui devait l'accomplir serait décédée laissant plusieurs héritiers. Mais, nous tenons à le répéter, cela suppose que, préalablement par l'examen soit des termes de la convention, soit des circonstances, les juges ont recherché la volonté des contractants et qu'ils ont été dans l'impossibilité de la découvrir [1].

794. Quand le créancier a fait tout ce qui était en son pouvoir pour l'accomplissement de la condition potestative ou mixte, alors qu'elle dépendait de sa volonté, cette condition doit-elle être tenue pour réalisée ? Non, la bonne volonté du créancier ne suffit pas, du moins dans les conventions. En vain établirait-il que la défaillance de la condition est due à un cas de force majeure. Sauf dans l'hypothèse dont s'occupe l'art. 1278, l'obligation sous condition suspensive ne prend naissance que si l'événement prévu se réalise. Vous me promettez une certaine somme, si je me marie avec votre nièce. Je me déclare prêt à l'épouser, et je sollicite sa main. Mais, malgré toutes mes instances, ma demande n'est pas agréée. C'est inutilement que je ferais valoir les démarches par moi faites pour remplir la condition, je n'ai point droit à la somme que vous m'aviez promise [2].

[1] Laurent, XVII, n. 70; Huc, VII, n. 251. — Cpr. Pothier, *op. cit.*, n. 215 à 217; Toullier, VI, n. 598 à 607; Duranton, XI, n. 53 à 55; Aubry et Rau, IV, p. 68; Larombière, II, p. 897-402 (art. 1175, n. 31-38); Demolombe, XXV, n. 336. — V. LL. 23 et 43, § 1, L. 56, D., *De condit. et demonstr.*, XXX, 1. — Accarias, *op. cit.*, II, p. 213. — V. solution expresse dans C. civ. arg., art. 535.

[2] Pothier, *Oblig.*, n. 213-214 (édit. Dupin, I, p. 109-110); Toullier, VI, n. 610; Marcadé, IV, n. 557; Aubry et Rau, IV, p. 69 *in fine*; Demolombe, XXV, n. 353; Huc, VII, n. 253, p. 338. — V. aussi Laurent, XVII, n. 77, p. 91. — Mais, bien entendu, il faut décider, même dans le cas d'un contrat à titre onéreux, que la condition potestative ou mixte, imposée au créancier, doit être réputée accomplie, s'il a fait tout ce qui dépendait de lui pour amener la réalisation et si les termes du contrat ne mettaient pas à sa charge une obligation plus étendue. — Paris, 4 fév. 1891, S., 91. 2. 88, D. P., 91. 2. 317.

795. Mais, quant aux legs, la condition potestative ou mixte (par exemple, celle d'épouser une personne déterminée), peut, au contraire, être réputée accomplie, si, pour amener sa réalisation, le légataire a fait tout ce qu'il pouvait et s'il résulte des circonstances que le testateur n'a pas entendu subordonner rigoureusement le legs à l'accomplissement du fait prévu. On considère que, dans les dispositions testamentaires, c'est l'intention libérale qui domine [1].

796. La condition, une fois accomplie, n'est plus susceptible de défaillir, comme aussi, en sens inverse, une fois défaillie, elle ne saurait être accomplie. Par exemple, la condition *si vous vous mariez* est définitivement réalisée par votre mariage; peu importe que vous divorciez dans la suite. Ainsi, dès qu'il y a eu événement ou défaillance de la condition, la question de savoir si l'obligation naîtra ou sera résolue est irrévocablement réglée [2].

797. Il appartient aux juges du fond de décider souverainement si la condition sous laquelle une obligation a été contractée est accomplie ou non. Il s'agit uniquement, en effet, de constater et d'apprécier des faits [3].

798. Les art. **1176** et **1177** déterminent le temps après lequel la condition est, suivant les cas, accomplie ou censée défaillie.

Aux termes de l'art. **1176** : « *Lorsqu'une obligation est con-* » *tractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un* » *temps fixé, cette condition est censée défaillie lorsque le* » *temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a* » *point de temps fixe, la condition peut toujours être accom-* » *plie; et elle n'est censée défaillie, que lorsqu'il est devenu* » *certain que l'événement n'arrivera pas* ».

(1) Pothier, Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.* et XXII, n. 322; Toullier, VI, n. 611; Baudry Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, II, n. 2842. — Lyon. 27 mars 1868, S., 68. 2. 307. — Montpellier, 26 déc. 1892 (condition d'épouser une personne déterminée), D. P., 94. 2. 284. — V. aussi *C. civ. ann.*, Fuzier-Herman, art. 1040, n. 22.

(2) *Conditio semel impleta non resumitur. Conditio quæ defuit non restauratur.* — Toullier, VI, n. 642-643; Aubry et Rau, IV, p. 70; Larombière, II, p. 412 (art. 1176-1177, n. 11); Demolombe, XXV, n. 354.

(3) Req., 5 juin 1833, S., 33. 1. 644, D. *Répert. alp.*, v° *Oblig.*, n. 5303.

Ainsi j'ai contracté envers vous une obligation sous cette condition : *si vous vous mariez dans deux ans.* La condition sera censée défaillie, si les deux ans expirent sans que vous ayez contracté mariage. Au contraire la condition *si vous vous mariez,* sans indication de délai, pourrait être utilement remplie à une époque quelconque ; elle ne sera donc censée défaillie qu'à votre mort (1).

L'art. **1177** ajoute : « *Lorsqu'une obligation est contractée* » *sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un* » *temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps* » *est expiré sans que l'événement soit arrivé : elle l'est égale-* » *ment, si avant le terme il est certain que l'événement n'ar-* » *rivera pas ; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est* » *accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arri-* » *vera pas* ».

J'ai contracté envers vous une obligation sous cette condition : *si ma fille ne se marie pas dans un délai de deux ans.* La condition sera défaillie si ma fille se marie avant l'expiration du délai ; accomplie, si les deux ans expirent sans qu'elle ait contracté mariage ou si elle meurt avant cette époque. La condition *si ma fille ne se marie pas,* sans indication de délai, ne pourra être accomplie qu'à la mort de ma fille ; car, jusqu'à cette époque, il est possible qu'elle se marie (2).

799. Si les parties ont fixé un délai pour l'accomplissement de la condition et que l'événement ne se produise qu'après l'expiration de ce délai, en réalité, par cela seul qu'il n'a pas lieu dans le temps assigné, l'événement qui arrive n'est pas celui que les parties avaient en vue. Comme le dit excellemment M. Demolombe : « La fixation du temps forme, dans ce cas, l'un des éléments constitutifs et comme une partie intégrante de l'événement lui-même » (3).

Il s'ensuit que les juges ne sont pas admis à proroger le

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 209 (édit. Dupin, I, p. 107). — V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 536, p. 113.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 210 (même édit., I, p. 108). Sur le cas où un legs est fait sous une condition potestative négative qui ne peut se vérifier qu'au décès du légataire, voyez Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, II, n. 2843 et 2844.

(3) Demolombe, XXV, n. 339.

délai. S'ils le prorogeaient, ils changeraient la condition et méconnaîtraient la loi du contrat [1].

800. Le législateur, ainsi que nous l'avons dit, prévoit également le cas où les parties n'ont pas fixé de délai pour l'accomplissement d'une condition positive ou d'une condition négative. Dans cette hypothèse, si la condition est positive, elle peut être toujours accomplie, à moins qu'il ne devienne certain que l'événement ne pourra pas arriver, et, si elle est négative, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'aura pas lieu.

L'application de cette double règle ne fait naître aucune controverse quand la condition, positive ou négative, est casuelle ou mixte. Mais il en est autrement quand la condition positive est potestative de la part du stipulant, ou quand la condition négative est potestative de la part du promettant. Je promets à Pierre, artiste peintre, une certaine somme s'il fait mon portrait : Pierre pourra-t-il toujours, en faisant mon portrait, devenir créancier de la somme promise?

Modifions l'espèce : Pierre, artiste peintre, me promet une certaine somme s'il ne fait pas mon portrait : ne deviendra-t-il mon débiteur que lorsqu'il sera certain qu'il ne pourra plus exécuter cette condition [2]? Si nous appliquons rigoureusement les dispositions des art. 1176 et 1177, il faut répondre affirmativement aux deux questions.

Plusieurs auteurs repoussent cette solution. D'après eux, dans la première espèce, je pourrai faire déterminer par la justice un délai passé lequel Pierre n'aura plus la faculté, en faisant mon portrait, de devenir mon créancier, et, dans la seconde espèce, je pourrai faire fixer de la même façon un terme après lequel, faute d'avoir fait mon portrait, Pierre me devra la somme promise.

[1] Toullier, VI, n. 608 ; Rolland de Villargues, v° *Condit.*, n. 321 ; Aubry et Rau, IV, p. 69; Demolombe, XXV, n. 340; Laurent, XVII, n. 75. Il résulte aussi du principe formulé ci-dessus que le temps fixé pour l'accomplissement de la condition court contre les mineurs et les interdits. Il ne s'agit pas ici d'une prescription. Demolombe, *loc. cit.*

[2] Les jurisconsultes romains étaient en désaccord sur ce point, V. L. 115, § 1, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1, et L. 5, D., *De oblig. et act.*, XLIV, 7 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 68-73.

Les auteurs qui se prononcent dans ce sens invoquent l'équité, l'autorité de Pothier [1] et l'intention des parties.

Ecartons d'abord ce dernier argument. Il est évident que si l'on peut découvrir l'intention des contractants, la difficulté disparaît. Pour que la question puisse se poser, il faut que les parties aient gardé le silence sur le point dont il s'agit. Il faut même que leur volonté à son égard ne résulte pas soit de l'ensemble des clauses de la convention, soit des circonstances dans lesquelles celle-ci a été passée. Or, quand il en est ainsi, il nous paraît impossible, dans l'état actuel de notre législation, d'admettre la restriction qu'on propose. Le texte des art. 1176 et 1177 est formel. On ne peut pas, devant une simple considération d'équité, faire fléchir les termes absolus de leur disposition. On objecte l'autorité de Pothier : après avoir posé les deux principes que nous venons de rappeler, il admettait que, dans l'application, le juge pouvait en atténuer la rigueur par la fixation d'un délai. Mais, si notre législateur a reproduit les principes d'après Pothier, il a passé sous silence la restriction que ce jurisconsulte y apportait. Il a par le fait même refusé au juge cette latitude qu'on voudrait lui attribuer. Sans doute, comme le fait observer M. Demolombe, aujourd'hui les tribunaux, n'étant plus entravés dans l'exercice de leur droit d'appréciation par le formalisme de la stipulation, peuvent interpréter librement la volonté des parties. Mais, puisque, par hypothèse, rien, ni dans les clauses de la convention, ni dans les circonstances où elle a été passée, ne révèle que les parties aient eu l'intention que la condition fût réalisée dans un temps déterminé, il faudrait, pour assigner un délai, présumer qu'elles ont eu cette intention, et aucun texte de loi n'autorise cette présomption.

Il faut bien remarquer, d'ailleurs, qu'en pratique, notre système n'aura pas les regrettables conséquences qu'on lui reproche. En effet, le juge ne sera pas dans la nécessité de l'appliquer lorsque la défaillance de condition négative pourra être indéfiniment évitée, ou lorsque la condition positive sera

[1] Pothier, *op. cit.*, n. 209, al. 3, et n. 211 (même édit., I, p. 108). Cette opinion était celle des Sabiniens, et Pothier déclare qu'elle lui paraît « plus conforme à l'esprit et à la simplicité de notre droit français ».

susceptible d'être indéfiniment accomplie. Alors, en effet, il y aura toujours une raison pour décider que, dans l'intention des parties, la condition doit être exécutée ou défaillie dans un certain temps. Cette proposition ne peut pas, à notre avis, faire l'objet d'un doute sérieux lorsque l'obligation est subordonnée à une condition négative potestative de la part du promettant : Paul, mon voisin, m'a promis une certaine somme, s'il n'abat pas sur son domaine un arbre qui gêne ma vue. Dans ce cas, si le juge ne pouvait pas assigner de délai, Paul m'aurait fait une promesse illusoire, l'acte dont l'exécution fera défaillir la condition étant toujours susceptible d'intervenir, puisqu'il peut être exécuté non pas seulement par Paul lui-même, mais par ses héritiers, par les héritiers de ces derniers, et ainsi à l'infini. Il ne serait pas raisonnable de prêter aux contractants une pareille intention.

Notre règle ne s'appliquera donc que dans les cas où, vu la nature du fait dont l'inaccomplissement constitue la condition, celle-ci sera nécessairement accomplie dans un avenir relativement rapproché. Le peintre Pierre s'engage à me payer une somme s'il ne fait pas mon portrait. Ici il s'agit d'un fait personnel de Pierre, et, par conséquent, la condition restera au plus en suspens jusqu'à la mort du peintre. A cette époque donc, tout au moins, la convention produira son effet. Aussi ne pourrai-je pas obtenir de la justice la fixation d'un délai passé lequel Pierre n'aura plus la faculté de faire défaillir la condition en exécutant mon portrait. Il faut se prononcer de même dans le cas où une personne me promet une somme, si elle ne dresse pas mon cheval, car cet animal ne pourra plus être dressé quand il aura atteint un certain âge.

Nous croyons qu'il convient de donner des solutions analogues dans l'hypothèse où il s'agit d'une condition positive potestative de la part du stipulant. Je promets une somme à Paul, mon voisin, s'il abat sur son domaine un arbre qui gêne ma vue. Peut-on admettre que j'aie eu la volonté de faire naître une dette à la charge des héritiers de mes héritiers si, dans cent ans d'ici, les héritiers des héritiers de Paul abattent l'arbre dont il s'agit? Non, évidemment. Le juge pourra donc, dans ce cas, en se fondant sur l'intention même des parties,

assigner un délai. Mais il en est autrement lorsque je m'engage à payer une somme au peintre Pierre, s'il fait mon portrait, car, alors, par la force même des choses, nous ne pouvons pas être indéfiniment exposés, mes héritiers et moi, à devenir les débiteurs de Pierre et de ses héritiers, et, par suite, on peut raisonnablement supposer que les contractants ont voulu s'en tenir au terme qui doit nécessairement arriver. Même solution pour le cas où je promets une somme à une personne, si elle dresse mon cheval, ou si elle me livre le sien. Car il est certain que, dans un nombre d'années relativement limité, l'une et l'autre de ces conditions ne seront plus réalisables (1).

801. Lorsque la condition suspensive positive s'accomplit avant l'expiration du temps fixé par la convention, ou lorsque, dans le même délai, il devient certain que l'événement prévu dans la condition suspensive négative ne pourra pas arriver, l'obligation prend naissance; mais il est possible qu'elle ne soit pas immédiatement exigible. Les parties peuvent, en effet, avoir apposé à l'obligation non seulement une condition, mais aussi un terme (2).

802. L'existence d'une condition suspensive dans un contrat implique nécessairement la chance, pour le stipulant, de devenir créancier. Si le promettant fait défaillir la condition, il prive le stipulant de cette chance, et lui fait subir ainsi un dommage. Il lui doit, en conséquence, la réparation du préjudice qu'il lui a causé. Telle est la considération qui a inspiré au législateur la disposition suivante, écrite dans l'art. **1178** : « *La condition est réputée accomplie, lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* » (3). A titre de dommages-intérêts la loi alloue au sti-

(1) *Sic*, Toullier, VI, n. 623-628 ; Aubry et Rau, IV, p. 69; Larombière, II, p. 410 (art. 1176-1177, n. 9, 18 et 19) ; Laurent, XVII, n. 75; Huc, VII, n. 252, p. 336. — *Contra* Duvergier sur Toullier, III, p. 392, note; Colmet de Santerre, V, n. 96 *bis*-II ; Demolombe, XXV, n. 348; Vigié, II, n. 1385, p. 625.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 96 *bis*-1.

(3) L. 85, § 7, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1 ; L. 81, § 1, D., *De cond. et demonstr.*, XXV, 1 ; l. 50, D., *De contrah. empt.*, XVIII, 1. Pothier, *Oblig.*, n. 212 (éd. Dupin, I, p. 108). — Cpr. Domat, *Lois civiles*, 1re partie, liv. I, tit. I, sect. IV, n. 17 (édit. Rémy, I, p. 145). — V. aussi Accarias, *op. cit.*, II, n. 536, p. 113, *in fine*.

pulant l'avantage même qu'il aurait obtenu, si la condition s'était accomplie, c'est-à-dire qu'elle lui permet d'exiger l'exécution de l'obligation (1). L'art. **1178** établit donc une fiction en faveur du stipulant ; il y a accomplissement fictif de la condition (2).

803. Vu les termes généraux de l'art. **1178**, on pourrait croire que cette fiction doit être admise dès que la réalisation de la condition a été empêchée par le simple fait du promettant. Mais il faut préciser le sens de notre disposition en la rapprochant des principes généraux qui régissent la matière des dommages-intérêts. C'est, en effet, à titre de réparation, comme nous l'avons dit, que la loi répute la condition exécutée. Or, pour qu'une personne soit tenue de réparer le préjudice qu'elle a causé à autrui, il faut qu'elle l'ait causé par sa faute ou par sa négligence. Nous devons faire à notre cas l'application de cette règle générale (3).

804. Pour que la condition soit réputée accomplie, il n'est pas nécessaire que le promettant l'ait fait défaillir intentionnellement (4). C'est donc avec raison que la cour de cassation a admis l'application de l'art. **1178** dans une espèce où la cour d'appel avait déclaré que l'inaccomplissement de la condition n'était pas dû au *mauvais vouloir* ni à la *volonté préméditée* du promettant (5).

805. Mais, il faut du moins restreindre la portée de l'art. **1178**

(1) Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*, s'exprime ainsi : « Si c'est le débiteur obligé sous une condition qui en a empêché l'accomplissement, il doit une *indemnité* dont l'effet est le même que si la condition avait été accomplie » ; Fenet, XIII, p. 241 ; Locré, XII, p. 339, n. 63.

(2) Voy. Req. rej., 5 mai 1818, S. chr., V, 1, 474. — Rouen, 8 mars 1838, S., 38. 2. 437.

(3) Dans ce sens voy. Marcadé, IV, n. 557 ; Larombière, II, p. 432 (sous l'art. 1178, n. 7) ; Demolombe, XXV, n. 349 ; Laurent, XVII, n. 76. — Cpr. L. 115, § 2, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1. — Pothier, *Oblig.*, n. 212. — Voy. aussi pour des applications du principe Req. rej., 23 juill. 1866, S., 66. 1. 377, D. P., 67. 1. 68. — Civ. rej., 2 avril 1873, S., 74. 1. 480, D. P., 73. 1. 374.

(4) Larombière, *loc. cit.* — Sur ce point le nouveau code civil espagnol paraît différer de notre législation. Son art. 1119 est ainsi conçu : « La condition sera tenue pour accomplie quand le débiteur en empêchera *volontairement* l'accomplissement ».

(5) Civ. cass., 6 août 1866, S., 66. 1. 397, D. P., 66. 1. 373. — Dans le même sens Laurent, XVII, p. 90, note 1.

aux cas dans lesquels il y a ou faute ou négligence de la part du promettant.

Il en résulte que, nonobstant sa formule, la disposition de l'art. 1178 ne s'applique pas lorsque le promettant, en empêchant l'accomplissement de la condition, n'a fait qu'user régulièrement de son droit : je m'engage à vous vendre ma maison si, dans l'année qui va suivre, vous prêtez 100.000 fr. à Paul ; mais, comme, d'autre part, j'ai contre vous une créance d'un chiffre égal ou même supérieur, je fais pratiquer des saisies-arrêts entre les mains de vos débiteurs, et je vous mets ainsi dans l'impossibilité de vous procurer la somme qu'il s'agit pour vous de prêter à Paul. Je cause donc ainsi, moi, promettant, la défaillance de la condition. Pourra-t-on, en vertu de l'art. 1178, réputer cette condition accomplie ? Non, car on ne peut m'imputer à faute l'exercice de mon droit [1].

806. Cette idée nous conduit notamment à déclarer l'art. 1178 inapplicable toutes les fois que la condition est potestative de la part du débiteur, car alors, au moment du contrat les parties entendaient que le promettant pût faire défaillir la condition. Vous me promettez une certaine somme si vous ne me construisez pas une maison. Le but de cette convention a été évidemment de m'assurer une indemnité convenable dans le cas où vous me causeriez un préjudice en n'exécutant pas ce travail. Mais vous construisez la maison. Par là même vous évitez de me causer le préjudice prévu ; par là même aussi vous faites défaillir la condition négative à laquelle votre obligation était subordonnée. On ne peut évidemment réputer, à titre de dommages-intérêts, cette condition accomplie, alors que sa défaillance suppose précisément qu'on m'a épargné le préjudice que je voulais éviter [2].

807. Il résulte de l'art. 1178 que, pour être fondé à se prévaloir de sa disposition, le stipulant doit établir que le

(1) L. 72, § 7, D., *De cond. et demonstr.*, XXXV, 1. — Pothier, *loc. cit.* ; Toullier, VI, n. 609 ; Duranton, XI, n. 61 ; Massé et Vergé, III, § 534, note 23, p. 377 ; Larombière, II, p. 431 (art. 1178, n. 6) ; Aubry et Rau, IV, p. 70 ; Demolombe, XXV, n. 350 et 352 ; Laurent, XVII, n. 76, p. 90.

(2) Larombière, II, p. 430 (art. 1178, n. 4) ; Demolombe, XXV, n. 351 ; Colmet de Santerre, V, n. 97 *bis*-II ; Laurent, XVII, n. 76, p. 91 ; Huc, VII, n. 253, p. 337.

promettant a, par sa faute ou par sa négligence, empêché l'accomplissement de la condition. C'est la seule preuve que le législateur lui impose. Le stipulant ne serait donc pas tenu de justifier en outre que la condition se serait réalisée si le promettant n'avait pas mis obstacle à son accomplissement. Mais le débiteur serait recevable à prouver que la condition aurait défailli alors même qu'il n'aurait rien fait pour en empêcher l'exécution. S'il réussissait dans cette preuve, il n'y aurait pas lieu de réputer la condition accomplie. Pourquoi mettre des dommages-intérêts à la charge du promettant, quand il est démontré qu'il n'a pas nui au stipulant (1)?

808. On peut concevoir une hypothèse inverse de celle réglée par l'art. **1178**. Il se peut, en effet, que le stipulant ait irrégulièrement forcé l'accomplissement de la condition, et que les choses ne soient plus susceptibles d'être remises en l'état. Dans ce cas, il ne faut pas hésiter à considérer la condition comme défaillie (2). Empruntons un exemple à la jurisprudence : dans un contrat de rente viagère figurent deux crédi-rentiers qui ont stipulé séparément. Ce contrat renferme de la part du débi-rentier un engagement spécial et éventuel, en vertu duquel il y a réversibilité au profit du crédi-rentier survivant. Néanmoins, si l'un des crédi-rentiers se rend coupable de meurtre sur la personne de l'autre, il n'y aura pas lieu à réversion. On doit se prononcer ainsi parce que le survivant des crédi-rentiers a substitué son fait personnel aux éventualités communes, auxquelles l'événement du prédécès était soumis d'après la convention (3).

2. *De l'effet rétroactif de la condition accomplie.*

809. L'art. **1179** formule deux propositions importantes : « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel*

(1) Larombière, II, p. 435 (art. 1178, n. 10); Aubry et Rau, IV, p. 70; Laurent, XVII, n. 76 *in fine*, p. 91. — Civ. cass., 6 août 1866, S., 66. 1. 397, D. P., 66. 1. 373. — Rouen, 23 janvier 1867, S., 67. 2. 218, D. P., 67. 2. 212.

(2) La solution donnée au texte est consacrée en ces termes par le C. civ. all. : « Si l'événement de la condition est amené de mauvaise foi par la partie à laquelle il profite, la condition est réputée non réalisée ». Art. 152, al. 2 (traduc. de Meulenaere, p. 43).

(3) Poitiers, 1er fév. 1881, S., 82. 2. 27. — Voy. aussi Paris, 15 mai 1877, cité par Larombière, II, p. 429 (art. 1178, n. 1).

l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier ». Le fait même que ces deux propositions sont réunies dans l'art. 1172 donne à supposer que, dans l'esprit du législateur, il existe un lien entre elles. Les auteurs du Code ont, en effet, considéré la seconde comme la conséquence de la première : « La condition accomplie, dit le tribun Favart, a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté, *d'où il résulte* que si le créancier meurt avant l'accomplissement, il transmet ses droits à ses héritiers » (1). Ce point de vue est inexact. La transmissibilité s'explique ici par cette idée qu'un droit, pour être conditionnel, n'en est pas moins un droit, et que, par suite, comme tel, il est transmissible (2).

Cela posé, déterminons la portée du principe formulé dans la première partie de l'art. 1179 : après l'événement de la condition, la situation est la même que si l'obligation avait pris naissance au moment de la convention et avait été immédiatement parfaite. Quelques textes du droit romain semblent consacrer ce principe (3), et d'après tous les anciens interprètes et la plupart des modernes, ils le consacrent en effet : « Cet accomplissement de la condition, disait Pothier, a un effet rétroactif au temps que l'engagement a été contracté ; et le droit qui résulte de l'engagement est censé avoir été acquis à celui envers qui il a été contracté, dès le temps du contrat ; L. 18, L. 144, § 1, D. *De reg. jur.* » (4). Et voici comment M. Bufnoir s'exprime sur ce point : « Un autre correctif à la règle que le contrat conditionnel ne se forme, et ne donne

(1) Fenet, XIII, p. 326 ; Locré, XII, p. 437, n. 57. — Cette manière de voir a été adoptée par Duranton, XI, n. 66. — Mourlon, II, n. 1205.

(2) V. *infra*, n. 837 et 839. — Demolombe, XXV, n. 363.

(3) « Si filiusfamilias sub conditione stipulatus emancipatus fuerit, deinde exsti» terit conditio, patri actio competit, quia *in stipulationibus id tempus spectatur* » *quo contrahimus.* » (Paul) L. 78, pr., D., *De verb. oblig.*, XLV, 1. — « *Cum* » *semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio inter*» *posita est sine conditione facta esset* ». (Gaius), L. 11 § 1, D., *Qui potior*, XX, 4. « *Quod si pendente conditione emptor vel venditor decesserit, constat si exsti*» *rit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in* » *præteritum* » (Paul), 8 pr. D., *De per. et comm. rei vend.*, XVIII, 6. — V. encore Pomponius, L. 16, D., *De solut.*, XLVI, 3.

(4) Pothier, *op. cit.*, n. 220 (éd. Dupin, I, p. 112).

naissance à des obligations qu'à l'événement de la condition, se rencontre dans l'effet rétroactif de la condition accomplie, qui vient après coup faire produire au contrat conditionnel certains effets dans le passé. Cette rétroactivité est à proprement parler ce qui distingue l'obligation conditionnelle de l'obligation future » (1). Cependant les romanistes qui ont écrit le plus récemment considèrent cette conception comme absolument inutile. Leur système se résume ainsi : d'une part, logiquement, la notion de rétroactivité doit engendrer plusieurs conséquences qui sont contredites par les textes. Cette notion exige, par exemple, qu'on déclare nulle la stipulation conditionnelle d'une chose dont le stipulant est propriétaire au moment du contrat. Or, d'après les jurisconsultes romains, pour que la stipulation fût valable, il suffisait que la chose n'appartînt plus au stipulant lors de l'événement de la condition (2). De même, ils décidaient que la vente était nulle si, au moment où le fait prévu se réalisait, l'objet vendu n'existait plus (3) : n'est-il pas évident que, sous l'empire d'une législation qui admet l'effet rétroactif de la condition accomplie, la vente conditionnelle devrait être déclarée valable, quand la chose existait au moment du contrat ? Cette remarque est d'autant plus importante que, sur ce point, la solution romaine a passé dans notre droit (4).

D'autre part, a-t-on dit, les conséquences généralement attribuées à l'effet rétroactif s'expliquent fort bien par cette considération qu'à certains égards le droit conditionnel existe avant la réalisation du fait prévu. Au surplus, cette dernière idée permet de justifier certaines solutions qui, si l'on s'en tient au principe de la rétroactivité, sont inexplicables, par exemple que la condition est réputée accomplie quand elle a défailli par la faute du débiteur (5). Telles sont les raisons qui ont décidé les auteurs allemands modernes à rejeter ici

(1) Bufnoir, *op. cit.*, p. 294 *in fine*. — V. aussi Accarias, *op. cit.*, II, n. 538, p. 118.

(2) L. 61, D., *De contrah. empt.*, XVIII, 1 (Marcellus).

(3) L. 8 pr., D., *De per. et comm. rei vend.*, XVIII, 6.

(4) V. *infra*, n. 853.

(5) Girard, *op. cit.*, p. 464 *in fine* et p. 465.

la notion d'effet rétroactif [1] et qui ont conduit M. Girard à dire que, dans la théorie de la condition, cette notion n'est « qu'un encombrement superflu » [2].

La plupart des commentateurs du Code civil raisonnent tout autrement : Au cas d'un contrat conditionnel, disent-ils, les droits et obligations ne sont point créés par l'événement de la condition. Cet événement en est simplement déclaratif. Ces droits et obligations sont le produit de la convention, que le contrat soit pur et simple ou conditionnel. Or un contrat, alors même qu'il présente ce dernier caractère, est parfait dès l'instant où il est formé ; il s'ensuit, d'après ces auteurs, qu'une fois la condition réalisée, les droits et obligations nés d'un pareil contrat doivent remonter au jour où il a été passé [3]. Mais cette prétendue conséquence ne découle nullement du principe auquel on la rattache. De ce que la convention est parfaite dès le moment où elle a lieu, il faut conclure que, dès ce moment, il existe un lien de droit entre les parties ; mais il ne s'ensuit point qu'à tous égards, la naissance de l'obligation doive être reportée à cette époque. C'est d'ailleurs ce qui résulte de la solution donnée par le législateur relativement aux risques en matière d'obligation conditionnelle. Si l'événement de la condition n'est que déclaratif de l'obligation, si cette dernière est née au jour même de la formation du contrat, comment expliquer que les risques soient à la charge du débiteur ? La rétroactivité de la condition accomplie n'est donc pas, quoi qu'on dise, la conséquence des règles qui gouvernent la formation des contrats. Aussi n'est-elle admise ni par le Code fédéral des obligations ni par le Code civil allemand. Le premier de ces codes s'exprime ainsi, dans son art. 171, en parlant de l'obligation affectée d'une condition suspensive : « Elle ne produit ses effets qu'à partir du moment où

(1) Windscheid, *Die Wirkung der erfüllten Bedingung*, 1851. — V. aussi le même, *Pandecten*, I, § 91. n. 1.

(2) *Op. cit*, p. 467.

(3) V. Demolombe, XXV, n. 377 et n. 387. — V. aussi Larombière, II, p. 462 (art. 1179, n. 9) : « Ce principe, emprunté à la loi romaine, dit ce dernier auteur, est d'autant mieux fondé aujourd'hui, que les contrats sont parfaits par le seul consentement des parties contractantes (1138), et que cette perfection immédiate et instantanée est une raison de plus pour considérer le temps où ils ont eu lieu ».

la condition s'accomplit, à moins que les parties n'aient manifesté une intention contraire ». Et, dans le second alinéa de son art. 174, il dit, à propos du cas où la résolution de l'obligation a été subordonnée à un événement incertain : « En principe, il n'y a point d'effet rétroactif ». Les textes par lesquels le Code civil allemand consacre le même système renferment des dispositions plus détaillées. L'art. 158 de ce code est ainsi conçu : « Si un acte juridique est fait sous une condition suspensive, l'effet attaché à la condition se produit lors de la réalisation de la condition. — Si un acte juridique est fait sous une condition résolutoire, l'effet de l'acte cesse à la réalisation de la condition ; à ce moment, la situation juridique primitive est rétablie ». L'art. 159 ajoute : « Si, d'après le contenu de l'acte juridique, les suites attachées à la réalisation de la condition doivent être reportées à une époque antérieure, les intéressés, en cas de réalisation de la condition, sont obligés de se garantir réciproquement ce qu'ils auraient eu, si ces suites avaient commencé à l'époque antérieure ». Et l'art. 161 : « Si quelqu'un a disposé d'un objet sous une condition suspensive, tout acte de disposition ultérieur qu'il fait sur cet objet pendant le temps de la suspension est invalidé par la réalisation de la condition en tant qu'il anéantirait ou entraverait l'effet de cette dernière. Est assimilé à pareil acte celui qui est fait pendant le temps de la suspension, par voie d'exécution forcée, de saisie-arrêt ou par le curateur à la faillite. — Il en est de même, en cas de condition résolutoire, des actes de disposition de celui dont le droit cesse par l'avénement de la condition. — Sont applicables par analogie les dispositions établies en faveur des tiers-acquéreurs de bonne foi » ([1]). Ainsi, sauf pour les parties la faculté de convenir que, dans leurs rapports entre elles, l'effet de la condition remontera à une époque antérieure, la condition, qu'elle soit suspensive ou résolutoire, s'accomplit sans rétroactivité. Sans doute les droits réels conférés *pendente conditione* par l'aliénateur sous condition suspensive ou par l'acquéreur sous condition résolutoire et ceux acquis de leur

([1]) Traduc. O. de Meulenaere, p. 42-43.

chef tombent à la réalisation du fait prévu, mais cela ne suppose nullement que la condition a un effet rétroactif; les droits dont nous parlons ne sont anéantis que pour l'avenir et non dans le passé ([1]). Comme dit la doctrine, ils sont anéantis *ut ex nunc*, et non pas *ut ex tunc* ([2]). Dans ce système, par conséquent, l'arrivée de la condition opère simplement comme l'échéance du terme extinctif ([3]).

L'effet rétroactif de la condition accomplie n'est donc pas une nécessité juridique.

On a pu, d'ailleurs, entrevoir par ce qui précède que, si l'on se place au point de vue pratique, cette fiction vient compliquer inutilement la réglementation de la condition. C'est un point que, dans la suite, nous achèverons de démontrer.

Sans doute, du moment que la rétroactivité de la condition accomplie est expressément admise par le Code civil, les commentateurs de notre loi ne sauraient en faire abstraction. Mais, du moins, puisque cette rétroactivité est une fiction, il convient d'user de l'interprétation restrictive dans les cas où il est douteux qu'elle doit être appliquée ([4]).

810. L'art. **1179** étant conçu dans les termes les plus généraux, le principe de la rétroactivité s'applique dans le système de notre code civil que la condition soit suspensive ou qu'elle soit résolutoire. Cpr. art. **1183**. On comprend d'autant plus qu'il en soit ainsi que, nous le rappelons, la condition résolutoire a toujours pour contre-partie une condition sus-

([1]) Cpr. Bufnoir, *Analyse de la partie générale du projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne, Bull. de la Soc. de législ. comp.*, XVIII, 1888-1889, p. 160.

([2]) V. *infra*, n. 815.

([3]) Aux termes de l'art. 160 du C. civ. all. : « Celui qui possède un droit soumis à une condition suspensive peut, en cas de réalisation de la condition, exiger des dommages-intérêts de l'autre partie, si celle-ci, pendant le temps de la suspension, a détruit ou restreint le droit dépendant de la condition. — Le même droit, en cas d'acte fait sous une condition résolutoire, appartient dans les mêmes circonstances à celui au profit duquel la situation juridique antérieure est rétablie ». Cette disposition s'explique, en dehors de tout effet rétroactif, par cette double idée que, d'une part, dès avant la réalisation de la condition, celui qui est appelé à profiter de cette réalisation a un droit, et que, d'autre part, les atteintes portées à ce droit ne lui préjudicient que si la condition se réalise.

([4]) V. *infra*, n. 823-824.

pensive et qu'à la condition suspensive correspond nécessairement une condition résolutoire [1].

D'ailleurs, peu importe qu'il s'agisse de la condition dont s'occupe l'art. 1183, c'est-à-dire de la condition résolutoire expresse, ou qu'il s'agisse de la condition résolutoire qui, aux termes de l'art. 1184, est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties n'exécuterait pas son engagement : dans les deux hypothèses il y a rétroactivité.

811. Une autre conséquence de la façon dont le législateur s'est exprimé dans la première partie de l'art. 1179, c'est que l'effet rétroactif se produit, quelle que soit la nature du droit que la condition affecte, donc non seulement lorsque c'est un droit personnel, mais aussi lorsque c'est un droit réel. *Adde* arg. art. 2125.

812. Le principe de la rétroactivité de la condition accomplie engendre certaines conséquences. Indiquons les, en nous gardant toutefois d'en exagérer le nombre ou l'importance, ainsi que le font beaucoup d'auteurs.

813. Supposons d'abord qu'il s'agit d'un droit de créance :

Le créancier, une fois la condition accomplie, a le droit d'attaquer par l'action paulienne les actes consentis par le débiteur en fraude de ses droits pendant que la condition était en suspens, car, par suite de la rétroactivité, son titre est considéré comme antérieur à ces actes [2].

814. Sans doute si l'hypothèque qui a été conférée comme sûreté d'une créance affectée d'une condition suspensive a été inscrite *pendente conditione*, elle produit effet du jour de l'inscription et non pas seulement du jour de l'accomplissement de la condition. Mais est-ce bien là une conséquence de la rétroactivité? Oui, répondent certains auteurs, car l'hypothèque, étant un droit accessoire, ne peut exister que si la créance existe elle-même [3]. Nous ne saurions partager cette opinion.

(1) Demolombe, XXV, n. 407-410. — V. *supra*, n. 775.

(2) Nous rappelons que, d'après nous, le créancier sous condition suspensive n'est pas admis, avant l'événement de la condition, à exercer l'action paulienne. — V. notre tome I, n. 686.

(3) Vigié, II, n. 1393-2°. — Cpr. Pothier, *Oblig.*, n. 221 (édit. Dupin, I, p. 113).

Ce qui prouve bien qu'on ne doit pas voir dans notre hypothèse un résultat de l'effet rétroactif de la condition accomplie, c'est que la solution est la même dans le cas où l'hypothèque a été consentie pour sûreté d'une créance éventuelle. Alors, en effet, l'hypothèque prend rang à dater de son inscription, quelle que soit l'époque à laquelle l'éventualité se réalise [1]. Et pourtant, dans ce cas, il ne peut être question d'effet rétroactif.

815. Au point de vue de la propriété conditionnelle, voici les principales conséquences de la rétroactivité :

1° Lorsqu'une obligation de donner un corps certain et déterminé a été contractée sous une condition suspensive, le créancier, une fois la condition accomplie, sera considéré comme étant devenu propriétaire le jour même du contrat. D'où il résulte que tous les droits réels, consentis par l'aliénateur dans l'intervalle du contrat à la réalisation de la condition, seront effacés, non pas simplement pour l'avenir, mais bien dans le passé, de telle sorte qu'aux yeux de la loi, ils n'auront jamais existé. Ils se trouvent, en effet, émaner d'une personne qui, au moment où elle les a conférés, n'était pas propriétaire.

Mais, ici, nous tenons à faire observer que la règle *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* suffit, en dehors de tout effet rétroactif, pour que les droits dont nous parlons tombent *ex nunc*. Sans doute, au point de vue théorique, ce résultat diffère de celui que produit la rétroactivité, mais, au point de vue pratique, cette distinction ne présente aucun intérêt, et, par conséquent, on ne saurait l'invoquer pour justifier l'effet rétroactif de la condition accomplie [2].

816. 2° En sens inverse, toujours dans l'hypothèse de l'accomplissement d'une condition suspensive, les droits réels conférés sur la chose par l'acquéreur *pendente conditione* se trouvent avoir existé à partir du moment où ils ont été consentis, ou, du moins, si la chose aliénée est un immeuble, à

[1] V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv., et hyp.*, II, n. 1444 *in fine*.

[2] V. *supra*, n. 809, p. 34, l'art. 161 du C. civ. allem.

partir du moment où il aura été procédé, en ce qui les concerne, à la formalité de la transcription ou de l'inscription.

817. 3° Au cas d'une aliénation sous condition résolutoire, les droits réels constitués sur la chose par l'acquéreur pendant que la condition était en suspens, sont réputés, quand la condition se réalise, n'avoir jamais pris naissance (1). Toutefois nous devons reproduire la remarque faite plus haut : Abstraction faite de l'effet rétroactif, la règle *Nemo plus juris*... conduit à décider que ces droits, dans notre hypothèse, tombent pour l'avenir.

818. 4° En sens inverse, dans la même hypothèse, et par suite de ce principe que toute condition résolutoire implique l'existence d'une condition suspensive, les droits réels conférés sur la chose par l'aliénateur *pendente conditione* se trouvent avoir été consentis par le propriétaire et, en conséquence, avoir été acquis dès le moment du contrat, sauf la question de transcription ou d'inscription (2).

819. 5° Lorsqu'un immeuble vendu sous condition suspensive est saisi et adjugé à la requête d'un des créanciers du vendeur, cette saisie et cette adjudication, dans le cas où la condition se réalise, ne sont pas opposables à l'acquéreur conditionnel, si le titre du créancier saisissant et ceux de tous les autres créanciers inscrits sont postérieurs en date à la transcription de la vente conditionnelle. Mais il est tout naturel qu'il en soit autrement quand cette dernière circonstance ne se rencontre pas, puisque, en pareille hypothèse, l'adjudication pourrait être opposée à l'acquéreur amiable, même si la vente qui lui a été consentie était pure et simple. C'est

(1) Ainsi les contrats par lesquels l'acquéreur sous condition résolutoire a conféré à des tiers des droits réels sur l'immeuble aliéné sont anéantis par l'arrivée de la condition. Il faut décider de même pour les jugements qui ont reconnu, au profit de tiers, de pareils droits sur cet immeuble, lorsqu'ils ont été rendus contre l'acquéreur seul. Les jugements comme les contrats ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties, et, pas plus dans les uns que dans les autres, l'acquéreur n'est censé avoir été l'ayant-cause de l'aliénateur, puisque son titre est résolu. — En ce qui concerne les droits réels consentis par le fol-enchérisseur sur l'immeuble adjugé, voyez C. civ. ann. Fuzier-Herman, art. 1179, n. 8-10.

(2) V. *supra*, n. 775.

notamment ce qui arriverait si, le titre du créancier saisissant étant postérieur à la transcription de la vente conditionnelle, celui d'un des autres créanciers inscrits était antérieur à cette transcription ; car la saisie immobilière pratiquée par n'importe quel des créanciers inscrits leur devient commune à tous, lorsque a été faite la mention prescrite par l'art. 693 C. proc. civ. (1).

820. Si un immeuble aliéné sous condition résolutoire a été saisi et exproprié *pendente conditione,* que deviendront la saisie et l'adjudication si l'événement arrive ? Quand toutes les hypothèques qui grèvent l'immeuble existent au profit de créanciers de l'acquéreur, la saisie et l'adjudication sont non avenues. Elles subsistent, au contraire, s'il y a un ou plusieurs créanciers hypothécaires de l'aliénateur ou d'un précédent propriétaire, alors même que le saisissant serait créancier de l'acquéreur. Ainsi, pour qu'elles soient maintenues, il suffit qu'un seul des créanciers hypothécaires eût pu pratiquer la saisie sur la tête de l'aliénateur. Arg. art. 693 C. pro. civ. (2).

821. 6° Lorsqu'un immeuble vendu sous condition suspensive ou sous condition résolutoire est possédé par un tiers qui est en voie d'usucaper, la prescription, quand l'événement prévu s'est réalisé, doit être appréciée au regard du contractant au profit duquel la condition s'est accomplie. C'est là encore une conséquence nécessaire de l'effet rétroactif, cet effet se pro-

(1) Aubry et Rau, IV, p. 72, texte et note 48; Laurent, XVII, n. 93. Supposons que l'immeuble aliéné sous condition suspensive soit grevé d'hypothèques du chef des précédents propriétaires. Au regard des titulaires de ces hypothèques, l'aliénateur conditionnel est un tiers possesseur, et, par conséquent, il peut soit purger, soit même délaisser. S'il use de cette faculté, quels seront, au regard de l'acquéreur sous condition suspensive, les effets de la purge ou du délaissement? Ceux de la purge varieront suivant qu'elle donnera lieu ou non à une surenchère. S'il n'y a pas surenchère, la purge, au cas de réalisation de la condition, profitera naturellement à l'acquéreur conditionnel, car il recevra l'immeuble affranchi des hypothèques ; mais, s'il y a surenchère, l'adjudication qui suivra pourra lui être opposée comme faite en vertu d'un droit antérieur au sien. Cette dernière solution doit être également admise si l'expropriation est poursuivie contre le curateur au délaissement. — Larombière, II, p. 490 (art. 1181, n. 7); Aubry et Rau, IV, p. 72; Laurent, XVII, n. 94.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 80; Larombière, III, p. 33 (art. 1183, n. 27); Laurent, XVII, n. 119.

duisant à l'égard des tiers aussi bien qu'à l'égard des parties. Il en résulte que ce contractant pourra invoquer les causes de suspension ou de prolongation du délai de la prescription qui auront existé de son chef. Il ne pourra pas, au contraire, se prévaloir de celles qui auront existé dans la personne de l'autre contractant [1].

822. MM. Aubry et Rau font observer que, lorsqu'une personne, après avoir vendu un immeuble sous condition suspensive, en a consenti une vente pure et simple au profit d'un tiers, il ne peut être question pour celui-ci de prescrire qu'à l'encontre de l'acquéreur conditionnel, puisqu'il est devenu propriétaire au regard du vendeur. Mais ces auteurs estiment qu'il en est autrement lorsque le tiers possesseur est complètement étranger aux parties; en pareil cas, c'est seulement contre le vendeur que, *pendente conditione,* la prescription acquisitive est dirigée. Cette seconde proposition nous paraît inexacte. Tout ce qui résulte de la distinction établie par MM. Aubry et Rau, c'est que, dans la première hypothèse, on ne pourra pas, *pendente conditione,* savoir si le second acquéreur a, oui ou non, besoin de prescrire, tandis que, dans l'autre cas, il y aura, tant que la condition sera en suspens, incertitude sur le point de savoir contre qui aura couru la prescription. Mais cela n'empêche pas que, dans les deux hypothèses, si la condition se réalise, la rétroactivité doit produire ses conséquences naturelles [2].

823. On a vu que les actes de disposition sont effacés par l'effet rétroactif de la condition accomplie. Cette décision doit-elle être étendue aux actes d'administration, notamment aux baux?

Les baux consentis *pendente conditione* par celui qui a aliéné un bien sous condition suspensive sont-ils rétroactivement anéantis par l'événement de la condition?

En est-il de même des baux passés *pendente conditione* par l'acquéreur sous condition résolutoire?

C'est la négative qui, à notre avis, doit être admise. La so-

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 493.

(2) *Sic* Duranton, IX, n. 312; Larombière, II, p. 498 (art. 1181, n. 16); Laurent, XVII, n. 95. — *Contra* Aubry et Rau, IV, p. 73, texte et note 50.

lution contraire a pour conséquence de rendre très difficile, ou plutôt impossible l'administration de la chose qui fait l'objet du contrat. Si les baux consentis par le possesseur intérimaire doivent tomber au cas d'accomplissement de la condition, nul ne sera disposé à traiter avec lui. Est-il admissible que le législateur ait accepté une solution aussi mauvaise au point de vue économique? La réponse est d'autant moins douteuse qu'aux termes de l'art. 1673. le vendeur qui use de la faculté de rachat « est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur ». Il faut voir dans cette disposition l'application d'un principe général. Comment supposer, en effet, que le législateur ait formulé dans l'art. 1673 une règle particulière à la vente avec pacte de rachat? Ce serait lui attribuer une imprévoyance inconcevable, une absence complète de sens pratique.

Ajoutez l'argument d'analogie tiré des art. 595 et 1743.

Enfin, quand il est douteux que l'art. 1179 soit applicable, ne devons-nous pas nous prononcer pour l'interprétation restrictive, la rétroactivité ayant le caractère de fiction [1]?

824. La rétroactivité de la condition accomplie a-t-elle pour conséquence d'obliger l'aliénateur sous condition suspensive ou l'acquéreur sous condition résolutoire à restituer les fruits perçus par lui pendant la période intermédiaire? Commençons par faire une constatation qui, à notre avis, est d'un intérêt capital. Si la chose qui fait l'objet du contrat n'est pas frugifère, il est incontestable que l'aliénateur sous condition suspensive ou l'acquéreur sous condition résolutoire a le droit de s'en servir pendant la période intermédiaire et qu'après l'accomplissement de la condition, il ne sera nul-

[1]) Pour les baux consentis *pendente conditione* par l'aliénateur sous condition suspensive, voyez Aubry et Rau, IV, p. 72, texte et note 45; Larombière, II, p. 500 (art. 1179, n. 20); Demolombe, XXV, n. 399 et 464. — En sens contraire Laurent, XVII, n. 82; Huc, VII, n. 257, p. 344. — Pour les baux passés *pendente conditione* par l'acquéreur sous condition résolutoire, voyez dans notre sens Duranton, XVII, n. 134; Duvergier, *Louage*, I, n. 83 s.; Colmet de Santerre, V, n. 102 *bis*, III; Aubry et Rau, IV, p. 81 et p. 497; Larombière, III, p. 14 (art. 1183, n. 15); Demolombe, XXV, n. 537-538. (Spécialement sur les actes d'administration faits par le fol-enchérisseur, voyez C. civ., Fuzier-Herman, art. 1179, n. 12-16). — En sens contraire Laurent, XVII, n. 83; Huc, *loc. cit.*

lement tenu de payer un loyer à l'autre partie, à raison de l'avantage que la chose lui aura procuré. Pourquoi donc, si la chose est frugifère, serait-il obligé de restituer les fruits? Quel serait le motif de la différence? Supposons que l'objet du contrat soit une maison. Si le contractant qui possède pendant la période intermédiaire habite cette maison, il ne devra pas de loyer à l'autre partie. Si, au lieu de l'habiter, il perçoit les loyers payés par le locataire qui l'occupe, il devra, dans le système que nous repoussons, restituer les sommes par lui touchées de ce chef. Il nous paraît impossible de concilier ces solutions. Ne devons-nous pas en conclure qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les choses frugifères et les choses non frugifères? On objecte la disposition de l'art. 547. Ce texte porte que les fruits « appartiennent au propriétaire par droit d'accession ». Ils doivent donc revenir au contractant qui, par suite de l'effet rétroactif, était propriétaire au moment où ils ont été perçus. Mais le résultat si choquant auquel aboutirait dans notre cas l'application du principe écrit dans l'art. 547 ne prouve-t-il pas que cette application doit être écartée? Ne faut-il pas tenir compte de ce fait très important que l'aliénateur sous condition suspensive ou l'acquéreur sous condition résolutoire avait été mis en possession par celui-là même auquel il devrait restituer les fruits? Ne peut-on pas invoquer dans notre sens l'intention vraisemblable des parties contractantes? Au surplus, c'est ainsi que leur volonté a été interprétée par le législateur lui-même dans des cas analogues. Voyez les art. 856, 928, 958, 962, 1682. Or il n'y a aucune raison pour considérer comme exceptionnelle la disposition contenue dans ces textes.

Enfin nous reproduirons ici l'argument général que nous avons invoqué au sujet de la question précédente. La rétroactivité est une fiction; il convient donc, lorsqu'il est douteux qu'elle s'applique, de se prononcer pour la négative [1].

[1] Sur les fruits perçus par l'aliénateur sous condition suspensive, voyez dans notre sens Toullier, VI, n. 541; Duranton, XI, n. 82; Rolland de Villargues, v° *Condition*, n. 248 s.; Sebire et Casteret, *Encycl. du droit*, v° *Condition*, n. 285; Colmet de Santerre, V, n. 98-II; Demolombe, XXV, n. 400 s.; Vigié, II, n. 1395, p. 639. En sens contraire, Marcadé, IV, n. 559; Larombière, II, p. 494 (art. 1181,

825. Doit-on faire exception au principe de la rétroactivité quand la condition suspensive est potestative de la part du débiteur? Evidemment, cette question ne peut se poser que relativement à la condition *simplement* potestative, c'est-à-dire quand la condition consiste dans un événement qu'il est au pouvoir du débiteur de faire arriver ou d'empêcher. Elle ne se comprendrait pas pour la condition *purement* potestative, pour la condition *si voluero,* puisque cette dernière rend nulle l'obligation qu'elle affecte. Art. 1174. Telle étant la portée de la question, il faut répondre que la condition potestative de la part du débiteur a, lorsqu'elle s'accomplit, le même effet rétroactif que toute autre condition. L'opinion contraire repose sur de véritables confusions. Avant de le démontrer, posons une espèce : je vends ma maison de Bordeaux à Pierre, si je vais m'établir à Paris. Puis je vends la même maison à Paul sans subordonner cette seconde vente à aucune condition. Et c'est seulement après avoir passé cette dernière convention que j'accomplis la condition en allant m'établir à Paris. Dans notre système, la réalisation de cette condition a un effet rétroactif; le premier acquéreur de ma maison se trouve en avoir été propriétaire à partir du jour du contrat, et la seconde vente de cette maison est résolue. Si l'on s'en tient, en effet, aux termes de l'art. 1179, qui sont absolument généraux, il faut dire, sans établir aucune distinction entre les diverses espèces de conditions, que l'effet rétroactif se produit toujours aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties.

n. 14); Aubry et Rau, IV, p. 75 *in fine*, texte et note 62; Laurent, XVII, n. 84; Arntz, III, n. 104; Huc, VII, n. 258. — Sur les fruits perçus par l'acquéreur sous condition résolutoire, voyez dans notre sens Colmet de Santerre, V, n. 102 *bis*-II, al. 4; Aubry et Rau, IV, p. 81, texte et note 76; Demolombe, XXV, n. 400, 464. — *Sic* C. civ. chil., art. 1488; C. civ. arg., art. 557. — En sens contraire, Toullier, VI, n. 563; Duranton, XI, n. 94, p. 111; Troplong, *Vente*, II, n. 562; Duvergier, *Vente*, II, n. 432 à 434; Larombière, III, p. 46 (art. 1183, n. 45); Laurent, XVII, n. 85; Huc, *loc. cit.* — On remarquera que MM. Aubry et Rau donnent une solution différente suivant que les fruits pour lesquels se pose la question, ont été perçus *pendente conditione*, par l'aliénateur sous condition suspensive ou par l'acquéreur sous condition résolutoire. C'est seulement dans le premier cas qu'ils se prononcent pour la restitution. Ils se fondent sur ce que, *pendente conditione*, l'acquéreur sous condition résolutoire, à la différence de l'aliénateur sous condition suspensive, aurait perçu les fruits en vertu d'un titre opposable à l'autre contractant. IV, p. 81, note 76. Les deux solutions nous paraissent inconciliables.

Ce n'est donc pas dans le texte de la loi que l'on peut découvrir des arguments à l'appui de l'autre opinion. MM. Aubry et Rau, tout en reconnaissant qu'en principe l'effet rétroactif de la condition accomplie a lieu même au regard des tiers, considèrent comme inadmissible que, dans notre cas, la condition ait pu s'accomplir utilement au détriment du second acquéreur. Il ne peut pas, disent-ils, dépendre du vendeur d'anéantir la vente pure et simple, qu'il a consentie en dernier lieu, en exécutant la condition potestative de sa part. La réponse est facile : la seconde vente n'était pas, ne pouvait pas être pure et simple. Après avoir consenti la vente sous condition suspensive, le vendeur est bien demeuré propriétaire, mais seulement propriétaire sous condition résolutoire. En effet, l'événement qui devait rendre l'acquéreur propriétaire, devait par le fait même dépouiller le vendeur de sa propriété, et, puisqu'il résulte de la convention tacite qui sert de fondement à la disposition de l'art. 1179, que la propriété du premier acquéreur devait remonter au jour du contrat, il en résulte forcément aussi que la propriété du vendeur devait cesser à partir de la même époque. Donc, après la première vente, le vendeur n'avait plus qu'un droit résoluble; les droits qu'il pouvait désormais transmettre aux tiers étaient nécessairement résolubles comme le sien. Peu importe que dans la seconde vente, la condition résolutoire n'ait pas été mentionnée. Cette condition, ainsi que nous venons de l'expliquer, était imposée par la nature même des choses; il n'était pas au pouvoir des parties de l'écarter.

Les mêmes auteurs ajoutent que le vendeur, ne s'étant engagé, lors de la première vente, que sous une condition potestative de sa part, était demeuré maître du sort du contrat et qu'il a pu, par suite, l'anéantir en consentant une seconde vente, celle-ci pure et simple. Ce raisonnement suppose une confusion entre la condition simplement potestative et la condition purement potestative. Le débiteur, quand la condition a ce dernier caractère, demeure pleinement maître du contrat, ou, plus exactement, son obligation ne prend même pas naissance. Art. 1174. Mais quand la condition dépendante de sa volonté est simplement potestative, il ne peut anéantir son

obligation qu'en faisant défaillir la condition. C'est en ce sens seulement qu'on peut dire qu'il est maître du contrat. Or, précisément, par hypothèse, il accomplit la condition. Donc, par hypothèse, il n'use pas du seul moyen qu'il ait de détruire le contrat, et celui-ci subsiste avec toutes ses conséquences.

Quant à l'autorité de notre ancien droit et de nos vieux jurisconsultes, elle n'est d'aucun poids dans cette discussion, la formule générale de l'art. 1179 supposant que le législateur a rompu ici avec la tradition [1].

826. La solution que nous venons de donner en ce qui concerne la condition potestative de la part du débiteur, est vraie pour la condition résolutoire comme pour la condition suspensive. Il est remarquable, à ce sujet, que Toullier, après avoir enseigné, relativement à la condition suspensive, la doctrine que nous avons combattue, se rencontre avec nous quand il s'agit de la condition résolutoire [2]. A nos yeux, c'est là un manque de logique. Il faut, quant aux deux espèces de conditions, résoudre le problème de la même façon. Pour nous, en se prononçant comme il le fait à l'égard de la condition résolutoire, Toullier ruine la thèse qu'il a soutenue relativement à la condition suspensive [3].

§ II. *De la condition suspensive.*

827. L'obligation sous condition suspensive est celle dont la naissance dépend d'un événement futur et incertain. Le législateur, nous l'avons déjà remarqué, paraît admettre qu'il y a aussi condition suspensive dans une autre hypothèse.

« *L'obligation contractée sous une condition suspensive,* dit-
» il, *est celle qui dépend ou d'un événement futur et incer-*
» *tain ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore*
» *inconnu des parties. — Dans le premier cas, l'obligation ne*

(1) *Sic* Delvincourt, II, p 484; Demolombe, XXV, n. 386 387; Larombière, II, p. 463 (art. 1179, n. 10); Laurent, XVII, n. 86; Huc, VII, n. 256 *in fine*, p. 344; Vigié, II, n. 1397, p. 631. — *Contra* Merlin, *Quest.*, v° *Hypothèques*, § 3; Toullier, VI, n. 546; Troplong, *Des hypothèques*, II, n. 474; Zachariæ, éd. Massé et Vergé, § 302, note 22; Aubry et Rau, IV, p. 78, note 66.

(2) Toullier, VI, n. 546.

(3) Demolombe, XXV, n. 389.

» *peut être exécutée qu'après l'événement. — Dans le second* » *cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée* ». Art. 1181.

Mais nous savons que la loi formule une proposition inexacte, en nous présentant ici comme conditionnelle l'obligation qui dépend « d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties » (1).

828. Nous traiterons en premier lieu des effets de la condition suspensive. Nous étudierons ensuite spécialement la question des risques et la responsabilité du débiteur.

I. *Des effets de la condition suspensive.*

829. Pour déterminer les effets de la condition suspensive, il nous faut envisager la situation du créancier d'abord pendant que la condition est en suspens, puis après son accomplissement ou sa défaillance.

A. *Des droits du créancier pendant que la condition est en suspens.*

830. La détermination des droits qui appartiennent au créancier *pendente conditione* nous met dans la nécessité d'analyser le contrat conditionnel. C'est là une entreprise qui présente de sérieuses difficultés. Aussi les auteurs ne fournissent-ils à cet égard que des indications vagues et confuses, et même la plupart d'entre eux ne font que toucher à la question (2). A notre connaissance, c'est notre distingué collègue, M. Chausse, qui a présenté sur ce point les explications les plus nettes et les plus complètes. Voici la théorie qu'il enseigne à son cours de droit romain. « Le rapport de droit est-il formé lors du contrat ou à la réalisation de l'événement prévu? En d'autres termes l'arrivée de la condition aura-t-elle un effet confirmatif ou créateur? Ne faut-il pas exiger que les conditions nécessaires de validité subsistent depuis le début jusqu'à la fin?

(1) V. *supra*, n. 750.

(2) V. par exemple Demolombe, XXV, n. 356-357; Laurent, XVII, n. 87-88; Huc, VII, n. 244, p. 326. — Les Allemands ont échafaudé des systèmes plus ou moins ingénieux pour rendre compte du mécanisme de l'acte conditionnel. V. notamment Von Ihering, *Esprit du dr. rom.* (trad. de Meulenaere), IV, p. 166 s.

» On pense généralement que les Romains n'avaient pas de doctrine arrêtée sur ce point et que leurs solutions empiriques s'inspiraient de l'utilité pratique et de l'intention des parties (Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 2e éd., p. 464). Tel n'est pas notre avis. La théorie qui ressort des textes du Digeste paraît être la suivante.

» Les éléments subjectifs s'apprécient au jour de l'échange des consentements. Il faut et il suffit qu'à ce moment les parties soient capables (L. 26, D., XLV, 3); désormais le débiteur ne saurait frauduleusement empêcher l'arrivée de la condition (L. 161, D., L, 17); le droit conditionnel devient transmissible; enfin, à cet instant précis, se fixe le bénéficiaire du droit (L. 78, D., XLV, 1; L. 27, D., XVII, 2), sans que l'on ait d'ailleurs à se préoccuper de l'intention des parties (L. 40, D., XLV, 3).

« Au contraire les éléments objectifs sont requis au jour de l'arrivée de la condition et à ce moment seulement, car, jusque-là, le rapport, malgré le lien de droit, est à l'état d'indécision et de suspension quant à son objet; il ne se réalisera concrètement et n'atteindra sa perfection à ce point de vue que lorsque l'événement arrivera. En conséquence, il faut et il suffit qu'à ce moment la chose soit susceptible de faire la matière du contrat. Ainsi on peut être créancier conditionnel de sa propre chose (L. 61, D., XVIII, 1); mais, à l'inverse, si le bien a cessé d'être dans le commerce, ou s'il a péri, le contrat ne peut se parfaire (L. 8 pr., D., XVIII, 6). Enfin à ce moment se détermine le quantum de l'objet dû, et notamment le créancier conditionnel n'a pas droit aux fruits produits par la chose *interim*, et si le bien a été détérioré, le créancier ne peut prétendre à une réduction du prix promis en retour (même loi) ».

La distinction qui sert de base à cette théorie concorde parfaitement, comme on a pu le voir, avec les solutions données par les textes sur les points particuliers. On peut donc la considérer comme justifiée. Or, si elle est exacte pour le droit romain, il faut dire qu'elle s'applique tout aussi bien au droit français, car, dans l'une et dans l'autre de ces législations, la question se présente exactement dans les mêmes conditions.

Il résulte soit des explications qui précèdent, soit de celles qui suivent que cette théorie s'harmonise complètement avec les dispositions du Code civil [1].

Nous formulerons d'abord deux propositions, que nous allons examiner successivement : 1° pendant que la condition est en suspens l'obligation n'existe pas encore à tous égards; 2° cependant le créancier a d'ores et déjà un droit.

Première proposition. — *Pendant que la condition est en suspens, l'obligation n'existe pas encore à tous égards.*

831. Le législateur ne dit pas assez quand il dispose, par l'art. **1181**, dont le texte vient d'être rapporté, que l'obligation *ne peut être exécutée* qu'après la réalisation de la condition. En s'exprimant de la sorte, il ne tient pas compte de la différence fondamentale qui sépare la condition suspensive du terme [2]. Il aurait fallu dire que jusqu'à l'accomplissement de cette condition, l'obligation n'existe pas d'une façon parfaite. A la différence de l'obligation affectée d'un terme, elle n'est pas formée au point de vue objectif.

832. Et de là résultent plusieurs conséquences :

1° Si le débiteur a payé par erreur *pendente conditione*, il aura la *condictio indebiti*; car il a payé ce qu'il ne devait pas. Arg. art. **1185** et **1186** [3];

2° Les droits d'enregistrement afférents à une obligation conditionnelle ne sont dus qu'après l'accomplissement de la condition [4];

(1) V. notamment *infra*, 839, 840, 847, 853.

(2) Duranton, XI, n. 72; Marcadé, IV, n. 561 *in fine;* Aubry et Rau, IV, p. 70, texte et note 40; Larombière, II, p. 486 (art. 1181, n. 3); Demolombe, XXV, n. 356; Laurent, XVII, n. 87, p. 107; Thiry, III, n. 5.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 218; Duranton, XIII, n. 688; Aubry et Rau, IV, p. 71; Larombière, II, p. 488 (art. 1181, n. 5); Demolombe, XXV, n. 358; Laurent, XVII, n. 91; Vigié, II, n. 1401, p. 634.

(4) Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, I, n. 687 s.; Toullier, VI, n. 526; Duranton, XI, n. 76; Troplong, *Vente*, n. 54; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 535, p. 378, note 1.— Civ. rej., 19 juin 1826, S. chr., VIII, p. 365.— Req., 12 juil. 1832, S., 32. 1. 616, D. *Répert. alph.*, v° *Enregistr.*, n. 1488.— Req., 10 janv. 1833, S., 33. 1. 129. — Nos anciens auteurs enseignaient de même que lorsqu'un fief était vendu sous condition suspensive, le profit de quint n'était pas dû avant l'événement de la condition. Dumoulin, § 78, *glos.* 1re, n. 40; Hervé, *Théor. des matières féodales et censuelles*, III, p. 46; Pothier, *Des fiefs*, 1re partie, ch. V, sect. 3, § 1.

833. Les créanciers de l'aliénateur sous condition suspensive pourront, *pendente conditione,* saisir la chose aliénée; mais, lorsqu'il s'agit d'une saisie immobilière, il arrivera, dans l'hypothèse déterminée plus haut [1], qu'elle sera non avenue si la condition s'accomplit.

834. En sens inverse, et c'est là encore une conséquence de notre principe, l'acquéreur conditionnel d'un immeuble n'en étant pas, *pendente conditione,* le propriétaire, ou, du moins, n'en étant pas propriétaire définitif, ne serait pas autorisé à demander la distraction de cet immeuble s'il était saisi par les créanciers du vendeur. En effet il n'y a pas de raison pour que ce bien ne puisse pas être saisi par les créanciers du vendeur comme tous les autres biens qui figurent dans le patrimoine de celui-ci.

835. *Pendente conditione,* l'aliénateur sous condition suspensive, s'il est tiers détenteur de l'immeuble aliéné, est admis à purger, nonobstant l'aliénation [2].

Il peut encore faire le délaissement de l'immeuble. L'art. 2172 ne fait pas obstacle à cette solution; car, en exigeant que celui qui délaisse ait la capacité d'aliéner, il vise, non pas le droit résultant du titre de transmission, mais seulement la capacité personnelle [3].

836. Lorsqu'une aliénation sous condition suspensive a pour objet une quote-part indivise dans une chose, l'aliénateur peut-il, *medio tempore,* former l'action en partage ou y répondre, et le partage effectué avec lui est-il maintenu au cas de réalisation de l'événement prévu ? La même question se pose relativement à l'acquéreur sous condition résolutoire; c'est après l'avoir examinée quant à ce dernier que nous l'envisagerons en ce qui regarde l'aliénateur sous condition suspensive [4].

DEUXIÈME PROPOSITION. — *Pendant que la condition est en suspens, le créancier a d'ores et déjà un droit.*

837. Même pendant que la condition est en suspens, le

(1) V. *supra,* n. 819.
(2) Larombière, II, p. 490 (art. 1181, n. 7).
(3) Larombière, *loc. cit.*
(4) V. *infra,* n. 872.

créancier a un *droit*. Cela résulte des dispositions des art. 1179 et 1180. Au surplus, il faut dire que c'est là un principe traditionnel. Le droit romain le proclamait. Les *Institutes* de Justinien renferment, il est vrai, le passage suivant, auquel on a eu souvent le tort d'attacher trop d'importance [1] : « *Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri* » [2]. Et, sous l'influence de cette formule, Pothier a écrit : « Jusque-là (jusqu'à l'accomplissement de la condition) il n'est encore rien dû ; mais *il y a seulement espérance qu'il sera dû* » [3]. Mais cette idée, même au point de vue de la conception romaine, est incontestablement inexacte. Le droit romain (nous nous plaçons exclusivement au point de vue des contrats), reconnaissait au créancier conditionnel plus qu'une espérance. Il lui reconnaissait un véritable droit. On trouve dans le *Digeste* des textes qui sont absolument affirmatifs sur ce point. Nous nous bornerons à citer ces quelques mots empruntés à la L. 42 du titre *De obligationibus et actionibus* (XLIV, 7) : « *Eum qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse* [4] ».

838. L'acte conditionnel engendrant un véritable droit au profit du créancier, il en résulte cette très importante conséquence qu'une loi nouvelle promulguée *pendente conditione* et changeant les règles relatives à l'existence ou à la validité de l'acte juridique d'où est née l'obligation conditionnelle dont il s'agit, ne saurait porter aucune atteinte à ce droit. Arg. art. 2 [5]. Le contraire aurait lieu si le créancier n'avait qu'une

(1) V. par exemple Laurent, XVII, n. 87, p. 107 ; n. 96, p. 115. — On lit dans ce dernier numéro : « On objecte que l'obligation (quand la chose a péri) ne peut plus se former faute d'objet, au moment où la condition s'accomplit, et on en conclut qu'il n'y a jamais eu d'obligation. *Cela était vrai en droit romain* et dans la doctrine de Pothier, puisque *l'obligation conditionnelle produisait une simple espérance* ».

(2) *De verb. oblig.*, liv. III, tit. XV, § 4.

(3) *Oblig.*, n. 218, éd. Dupin, I, p. 112. — Pothier dit aussi dans le n. 222 du même traité : « *Quoique le créancier conditionnel n'ait encore aucun droit avant l'accomplissement de la condition*, néanmoins il est reçu à faire tous les actes conservatoires du droit *qu'il espère avoir un jour* » (même éd., I, p. 113).

(4) V. aussi L. 26, D., *De stip. serv.*, XLV, 3.

(5) Colmet de Santerre, V, n. 100 *bis*, II ; Aubry et Rau, IV, p. 75 ; Demolombe ; XXV, n. 360 ; Laurent, XVII, n. 87 *in fine*, p. 107 *in fine*,

simple espérance; car le principe de la non rétroactivité des lois ne protège que les droits, non les simples espérances ou expectatives [1].

839. La loi elle-même tire de notre principe deux autres déductions :

1° « *Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la » condition, ses droits passent à son héritier* ». Art. **1179** *in fine*. Cette disposition est fondée sur cette double idée qu'à la créance conditionnelle correspond la présence d'un droit dans le patrimoine du créancier et que nous sommes censés stipuler pour nous et pour nos héritiers et ayant-cause. Art. **1122**. Il n'est pas besoin pour la justifier d'invoquer l'effet rétroactif de la condition accomplie, bien que l'art. **1179** énonce la transmissibilité du droit conditionnel immédiatement après avoir posé le principe de la rétroactivité [2].

En matière de legs au contraire, la condition ne peut se réaliser utilement que pendant la vie du légataire. La raison en est que, les dispositions testamentaires sont personnelles comme l'affection qui les dicte [3].

840. 2° « *Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit* ». Art. **1180**. Ainsi il peut assigner le promettant en reconnaissance d'écriture ou de signature [4]; prendre toutes inscriptions hypothécaires (art. **2132** et **1248**, n. 4) ou requérir toutes transcriptions nécessaires pour la conservation de son droit; demander, conformément à l'art. **2131**, un supplément d'hypothèque, au cas de perte ou de diminution des sûretés promises; demander, si le débiteur est en déconfiture ou s'il a, par son fait, diminué les sûretés données par le contrat, non pas sans

[1] Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, n. 129 s.

[2] Toutefois la nature même de certains contrats s'oppose à ce que la condition puisse s'accomplir utilement après le décès de l'une des parties. Si, par exemple, un contrat de société est fait sous condition suspensive, c'est vainement que le fait prévu se réalisera quand l'un des contractants est mort; nonobstant sa réalisation, la société ne saurait se former.

[3] Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, II, n. 2835.

[4] Toutefois il ne pourrait pas faire inscrire l'hypothèque judiciaire avant l'événement de la condition. Art. 1324 C. civ., art. 193 C. pr. civ., L. 2 septembre 1807. — V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, III, n. 1260.

doute un paiement immédiat, mais un supplément de garanties par voie d'hypothèque ou de consignation ; former opposition, en vertu de la disposition de l'art. 865 ou de celle de l'art. 882, à ce qu'un rapport ou à ce qu'un partage ait lieu en fraude de ses droits ; interrompre l'usucapion (1).

841. Mais, pour que le créancier puisse *pendente conditione* accomplir un acte à l'encontre du débiteur, il faut que cet acte soit purement conservatoire. Tel n'est pas le cas pour la saisie-arrêt. Elle frappe d'indisponibilité la créance qui en est l'objet. Cela suffit pour que cette saisie soit plus qu'un acte conservatoire et pour qu'elle soit, en conséquence, interdite au créancier conditionnel (2).

842. On décide, en général, que, *pendente conditione,* l'acquéreur sous condition suspensive n'est pas admis à purger. Qu'importe qu'aux termes de l'art. 2125, il puisse hypothéquer. La faculté de purger n'est point la conséquence nécessaire de celle d'hypothéquer. D'après les art. 2181 s., c'est seulement le nouveau propriétaire ou le tiers détenteur qui peut purger. Or, *pendente conditione,* l'acquéreur sous condition suspensive n'a ni l'une ni l'autre de ces qualités (3).

843. Le créancier conditionnel serait-il admis à demander une collocation éventuelle dans une distribution de deniers ou dans un ordre ouvert sur son débiteur ? Ici encore, il faut sans hésiter, répondre affirmativement. Autrement, la condition venant à s'accomplir, la part de deniers qui aurait

(1) Le tiers possesseur d'un immeuble aliéné sous condition suspensive peut-il, *pendente conditione*, usucaper contre l'acquéreur ? La jurisprudence, étendant à cette hypothèse la disposition de l'art. 2257, se prononce pour la négative. Mais la doctrine est en sens contraire et, par conséquent, admet, dans l'hypothèse, la possibilité de l'usucapion. On ne saurait reprocher à cette dernière opinion de faire courir contre le propriétaire conditionnel une prescription qu'il n'a pas le moyen d'interrompre, car, s'il ne peut pas interrompre l'usucapion en exerçant une action contre le possesseur, il le peut du moins en obtenant de celui-ci la reconnaissance volontaire ou judiciaire de son droit. — V. Baudry Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 394 397, et les autorités par eux citées.

(2) Duranton, XI, n. 70; Colmet de Santerre, V, n. 99 *bis*, II; Demolombe, XXV, n. 369; Larombière, II, p. 479 (art. 1180, n. 2, *in fine*) ; Laurent, XVII, n. 89, p. 110; Huc, VII, n. 259, p. 346.

(3) *Sic* Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv. et hyp.*, III, n. 2338. Pour plus de développements et pour les autorités en sens divers, voir cet ouvrage, *loc. cit.*

dû être attribuée au créancier conditionnel se trouverait avoir été attribuée indûment à un autre créancier, et le premier serait exposé à perdre le montant de sa créance [1]. Mais le créancier conditionnel, ne pouvant obtenir qu'une collocation éventuelle, ne serait pas fondé à exiger qu'on lui remît la somme pour laquelle il aura été colloqué. En principe, cette somme devra être déposée à la caisse des dépôts et consignations. Elle pourra toutefois être remise à un ou plusieurs créanciers postérieurs, s'il s'agit d'un ordre, et à tous les autres créanciers, au prorata de leurs créances respectives, s'il s'agit d'une distribution par contribution, mais à la charge pour ceux qui la recevront de donner caution afin que sa restitution au créancier conditionnel soit assurée pour le cas où la condition viendrait à s'accomplir [2].

844. Nous admettons, d'ailleurs, que le créancier conditionnel est autorisé à demander une collocation éventuelle, même quand les deniers sont distribués à la suite de la validation d'une saisie-arrêt. L'objection tirée de ce que le créancier conditionnel n'aurait pas eu le droit de procéder lui-même à cette saisie nous paraît dépourvue de toute portée. En effet, il y a une différence essentielle entre le fait de pratiquer une saisie-arrêt et celui d'intervenir dans l'instance en validité d'une pareille saisie. Le premier frappe d'indisponibilité une partie du patrimoine du débiteur. Le second consiste simplement à affirmer un droit éventuel sur des deniers que d'autres créanciers ont déjà rendus indisponibles. Il est donc rationnel de voir dans le premier un acte d'exécution et dans le second, un simple acte conservatoire [3].

845. Bien que l'art. **1180** figure dans le § **1** de notre section et que la rubrique de ce paragraphe porte « De la condition en général... », la disposition de cet article, par la nature même

[1] Voyez dans ce sens Pothier, *Oblig.*, n. 222 ; Toullier, VI, n. 528 ; Duranton, XI, n. 69; Grenier, *Des hyp.*, I, n. 187 ; Troplong, *Des hyp.*, IV, n. 953 *ter ;* Aubry et Rau, IV, p. 74 ; Demolombe, XXV, n. 370; Zachariæ, éd. Massé et Vergé, § 302, note 20 ; Larombière, II, p. 479 (art. 1180, n. 3) ; Laurent, XVII, n. 89 *in fine.*

[2] Laurent, *loc cit.*

[3] *Sic* Duranton, XI, n. 70; Aubry et Rau, IV, p. 74, note 54 ; Demolombe, XXV, n. 371. — *Contra* Larombière, II, p. 480 (art. 1180, n. 4).

des choses, concerne exclusivement la condition suspensive. C'est seulement, en effet, pour le cas où la condition présente ce caractère qu'il était bon de dire que le créancier peut faire des actes conservatoires de son droit. Voilà pourquoi nous avons transporté l'explication de l'art. 1180 dans l'étude spéciale de la condition suspensive. Mais c'est le cas de rappeler qu'une condition de cette nature forme nécessairement la contre-partie de toute condition résolutoire, et, par suite, étant donné un contrat affecté d'une condition résolutoire, la partie au profit de laquelle il implique un droit sous condition suspensive, peut, en vertu de l'art. 1180, faire des actes conservatoires de ce droit [1].

B. *Des droits du créancier après que l'incertitude a cessé.*

846. Il nous faut envisager le cas où la condition s'est accomplie et celui où elle a défailli.

1. *Du cas où la condition s'est réalisée.*

847. A l'arrivée de la condition suspensive l'obligation devient parfaite. Le créancier peut demander l'exécution et, au besoin, la poursuivre. Mais il ne faut pas dire que c'est à ce moment que le contrat se forme et que le droit du créancier prend naissance. Ce serait aller trop loin [2]. Le contrat existe du jour où est intervenu le consentement mutuel des parties, et c'est aussi de ce moment-là que date le droit du créancier, du moins quant à ses éléments subjectifs.

Vainement, par conséquent, une des parties aurait-elle dans la suite et avant l'arrivée de la condition retiré son consentement. La convention n'en existerait pas moins. Aussi la loi elle-même déclare-t-elle que, si le créancier meurt pendant que la condition est en suspens, son droit passe à son héritier (art. 1179 *in fine*) et que le créancier est admis, toujours *pendente conditione,* à faire les actes conservatoires de son droit. Art. 1180.

848. Dans le système du code civil français, l'obligation,

(1) V. *supra*, n. 775, 840.

(2) V. *supra*, n. 830 et 837. — Cpr. Demolombe, XXV, n. 378 ; Laurent, XVII, n. 101. — V. cep. Colmet de Santerre, V, n. 101 *bis*, II.

une fois la condition suspensive réalisée, est considérée comme remontant à la formation du contrat. Nous avons montré les diverses conséquences de ce système quand nous avons exposé la théorie générale de l'effet rétroactif de la condition accomplie.

Nous devons, par conséquent, pour éviter des répétitions, nous référer à nos précédentes explications [1].

2. *Du cas où la condition suspensive a défailli.*

849. Lorsqu'une obligation est affectée d'une condition suspensive, sa pleine existence est subordonnée à l'arrivée de l'événement prévu. Il s'ensuit que, si la condition manque, il n'y a pas d'obligation.

Si, comme il arrive le plus souvent, la prestation due conditionnellement n'a pas été accomplie *pendente conditione*, la situation est fort simple. Tout l'effet de la non réalisation de l'événement prévu tient dans cette proposition : l'exécution de l'obligation ne saurait être demandée.

Mais si, par extraordinaire, la chose due sous condition a été livrée au créancier pendant la période d'incertitude, celui qui était débiteur conditionnel est en droit d'exiger qu'elle lui soit rendue.

850. Les actes de disposition que le créancier aurait faits relativement à la chose, tombent lors de la défaillance de la condition.

Au contraire les actes de disposition accomplis par le débiteur *pendente conditione* sont définitivement consolidés. En effet, par la force des choses, la condition résolutoire qui affectait son droit de propriété et qui était la contre-partie de la condition suspensive à laquelle était subordonnée le droit du créancier, est défaillie comme celle-ci [2].

II. *Question des risques et responsabilité du débiteur à raison de la perte ou de la détérioration de la chose due.*

851. Les risques de la chose due sous condition suspensive sont *pendente conditione* à la charge du débiteur. C'est

[1] V. *supra*, n. 813 s.
[2] V. *supra*, n. 815.

ce qui résulte de l'art. 1182 ainsi conçu : « *Lorsque l'obliga-* » *tion a été contractée sous une condition suspensive, la chose* » *qui fait la matière de la convention demeure aux risques* » *du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas* » *de l'événement de la condition. — Si la chose est entièrement* » *périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte. — Si* » *la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier* » *a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose* » *dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix. — Si* » *la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier* » *a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose* » *dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts* ».

Dans ce texte, la loi s'occupe principalement de la question des risques, qui suppose la perte ou la détérioration fortuite du corps certain faisant l'objet de l'obligation (al. 1, 2 et 3). Incidemment, elle traite de la responsabilité qui incombe au débiteur, lorsque la chose s'est détériorée par sa faute (al. 4). Ce sont là deux questions distinctes que nous étudierons séparément.

1. *Question des risques.*

852. Le législateur, dans l'art. 1182, règle la question des risques en matière d'obligation sous condition suspensive. Bien entendu, il n'a en vue, dans ce texte, que les contrats synallagmatiques. La question des risques suppose, en effet, comme nous l'avons expliqué, des obligations corrélatives [1]. S'il s'agit d'un contrat unilatéral, il n'y a pas de différence à établir entre l'obligation sous condition suspensive et l'obligation pure et simple. Dans les deux hypothèses la perte est pour le créancier. L'alinéa 1 de l'art. 1182 établit ce principe, que, dans l'obligation sous condition suspensive, la chose qui fait la matière de l'obligation (on suppose que c'est un corps certain) demeure *pendente conditione* aux risques du débiteur. Puis la loi fait deux applications de ce principe.

853. *a.* — La chose due a péri *pendente conditione* sans la faute du débiteur ; la perte sera pour lui. Si la condition se

[1] V. notre tome Ier, n. 422. — V. aussi Duranton, XI, n. 76, Colmet de Santerre, V, n. 181 *bis*, I ; Aubry et Rau, IV, p. 71 ; Demolombe, XXV, n. 420.

réalise plus tard, il ne pourra pas demander au créancier le prix convenu. D'après notre loi, l'obligation sous condition suspensive ne saurait devenir parfaite lorsque la chose qui en fait l'objet n'existe plus au moment de la réalisation de la condition. Notre législateur a consacré sur ce point la théorie traditionnelle, que Pothier formule en ces termes : « Si la chose qui faisait l'objet de l'obligation conditionnelle périt entièrement avant l'accomplissement de la condition, inutilement la condition s'accomplira-t-elle par la suite ; car l'accomplissement de la condition ne peut pas confirmer l'obligation de ce qui n'existe plus, ne pouvant pas y avoir d'obligation sans une chose qui en soit le sujet » (1).

Nous retrouvons ce raisonnement, fidèlement reproduit, dans l'*Exposé des motifs*. Si la chose qui formait la matière de l'engagement, dit Bigot-Préameneu, est entièrement périe sans la faute du débiteur, « il ne peut plus y avoir d'obligation lors même que la condition s'accomplirait, puisqu'il ne peut y avoir d'obligation sans une chose qui en soit le sujet » (2).

M. Laurent critique, sur ce point, le système du Code. A ses yeux il n'y a pas de raison de faire une différence entre l'obligation conditionnelle et l'obligation pure et simple. Si le débiteur a rempli son obligation de conserver la chose avec les soins d'un bon père de famille, le créancier doit remplir aussi la sienne, ce qui revient à dire que les risques sont à sa charge. Et, répondant à cette objection que, faute d'objet, l'obligation ne peut plus se former à l'arrivée de la condition et que, par conséquent, il n'y a jamais eu obligation (3), M. Laurent s'exprime ainsi : « Cela était vrai en droit romain et dans la doctrine de Pothier, puisque l'obligation conditionnelle produisait une simple espérance ; on pouvait donc dire que, jusqu'à l'accomplissement de la condition, il n'y a pas d'obligation, qu'elle prend seulement naissance au moment où la condition se réalise, et qu'à ce moment elle ne peut

(1) *Obl.*, n. 219 (éd. Dupin, I, p. 112).

(2) Fenet, XIII, p. 243 ; Locré, XII, p. 341, n. 68.

(3) Toullier, VI, n. 538, al 2 ; Duranton, XI, n. 74 et 76 *in fine* ; Marcadé, IV, n. 562 ; Larombière, II, p. 501 (art. 1182, n. 1) ; Colmet de Santerre, V, n. 101 *bis*, II *in fine* ; Aubry et Rau, IV, p. 71, texte et note 14 ; Vigié, II, n. 1399, p. 631.

plus naître si la chose a péri Peut-on encore raisonner ainsi dans nos principes modernes? Nous avons répondu d'avance à la question. Il n'est pas exact de dire que le contrat se forme quand la condition s'accomplit, il se forme par le concours de consentement; il est donc formé quand la condition se réalise; peu importe, par conséquent, que la chose ait péri avant l'accomplissement de la condition. Reste seulement à savoir quel sera l'effet de la perte sur les obligations des parties contractantes.... [1] ». Cette réponse n'est point satisfaisante. Elle consiste dans une proposition dont nous avons démontré l'inexactitude. Au point de vue de la formation du contrat conditionnel, le droit romain et le droit français ont admis le même système. D'une part, l'un et l'autre reconnaissent au créancier, *pendente conditione*, plus qu'une espérance; ils lui reconnaissent un droit. Mais, d'autre part, il ressort des textes qu'ils font, l'un et l'autre, une distinction entre les éléments subjectifs et les éléments objectifs ; ce sont les premiers seulement qui doivent être appréciés au jour de la convention [2]. S'il en est ainsi, la disposition du Code relative aux risques au cas de perte totale s'explique fort bien : la chose n'existant plus à l'arrivée de la condition, l'obligation ne saurait se parfaire.

854. *b.* — La chose s'est détériorée par cas fortuit *pendente conditione*. La loi dit que « le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état ou elle se trouve, sans diminution du prix » : ce qui revient en définitive à dire que la chose est aux risques du débiteur; car, si la détérioration est importante, le créancier ne manquera pas de résoudre l'obligation et laissera ainsi la perte au compte du débiteur. Cette solution est très vivement critiquée.

Elle est contraire au droit romain [3] et à notre ancien droit. « Que si la chose existe au temps de l'accomplissement de la condition, dit Pothier, l'accomplissement de la condition a cet effet que la chose est due en l'état où elle se trouve : le créancier profite de l'augmentation survenue en la chose, si elle est

[1] Laurent, XVII, n. 96, p. 115. — Cpr. Demolombe, XXV, n. 424-426.
[2] V. *supra*, n. 830.
[3] Loi 8, pr. D., *De peric. et comm. rei vend.*, XVIII, 6.

augmentée, et il souffre de la détérioration et diminution qui y est survenue, pourvu que cela soit arrivé sans la faute du débiteur [1] ». Notre législateur aurait certainement mieux fait de reproduire cette décision. La circonstance que la chose s'est détériorée n'empêche pas l'obligation de se parfaire. La chose, quoique dégradée, peut toujours former l'objet d'une obligation.

Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs,* essaye de justifier notre disposition de la façon suivante : « Cette décision (la décision de la loi romaine) que Pothier a adoptée, ne s'accorde pas avec le principe d'après lequel, dans le cas de la condition suspensive, il n'y a pas de transport de propriété. Ce doit être aux risques du débiteur, encore propriétaire, que la chose diminue ou se détériore, par la même raison que ce serait à ses risques quelle périrait [2] ». Nous l'avons déjà dit, la règle *Res perit domino* doit, à notre avis, être écartée quand il s'agit de régler la question des risques dans les contrats [3]. Mais, en admettant même qu'elle pût servir de base à la décision que le législateur donne pour le cas où la chose due a totalement péri, elle ne pourrait certainement pas justifier sa disposition relativement à la détérioration de cette chose. Dans cette dernière hypothèse, en effet, l'obligation peut se parfaire; la condition a donc son effet rétroactif, et, par conséquent, c'est le créancier qui doit être considéré comme ayant été propriétaire à partir du jour du contrat. Arg. art. 1138. Ainsi l'application même de la règle *Res perit domino* — à supposer qu'elle fût applicable en matière contractuelle — aurait pour conséquence de faire mettre les risques à la charge du créancier. L'assimilation que fait le législateur n'est donc pas juridique puisque, dans les deux cas dont nous venons de parler, il n'y a pas même raison de décider. Ajoutons qu'au point de vue de l'équité, cette assimilation ne peut pas se défendre; le créancier profite des augmentations fortuites; il devrait, en sens inverse, supporter les risques. Comprend-on qu'il ait les bonnes chances sans avoir

(1) *Oblig.*, n. 219.
(2) Fenet et Locré, *loc. cit.*
(3) V. notre tome Ier, n. 423-424.

aussi les mauvaises ? Bigot-Préameneu prévoit l'objection qu'on peut lui adresser à ce point de vue, et la réponse qu'il y fait n'est point de nature à justifier la disposition du Code civil : « On ne peut argumenter contre cette décision, dit-il, de ce que le créancier profiterait des augmentations qui surviendraient. Le débiteur qui, même sous une condition suspensive, s'est obligé à donner une chose, est par cela même *présumé* avoir renoncé aux augmentations accessoires pour le cas où la condition s'accomplirait [1] ». Mais sur quoi peut-on fonder une présomption qui attribue au débiteur l'intention de renoncer aux améliorations tout en conservant les détériorations à sa charge ? [2].

Il n'est donc pas étonnant que le Code civil italien de 1865 ait répudié, sur ce point, la décision de notre législateur, en disposant que : « Si la chose est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier doit la recevoir dans l'état où elle se trouve, sans diminution de prix [3] ». De même le Code civil espagnol de 1889 porte que « lorsque la chose se détériore sans la faute du débiteur, le dommage est au compte du créancier [4] ».

855. En opposant le cas où la chose s'est *détériorée* (al. 3) à celui où elle est *entièrement périe* (al. 2), la loi nous donne très clairement à entendre qu'elle vise le cas de perte partielle de la chose. En un mot, elle appelle ici *détériorations* ce qu'elle appelle ailleurs *dégradations* (art. 2131). Une simple *dépréciation*, résultant par exemple d'événements politiques ou économiques, n'autoriserait donc pas le créancier à résoudre le contrat [5].

856. Le créancier peut-il opter dans ce dernier sens, quelle

(1) Fenet, XIII, p. 243-244; Locré, XII, p. 342, n. 68 *in fine*.

(2) Toullier, VI, n. 538; Duranton, XI, n. 80, p. 86; Marcadé, IV, n. 562; Aubry et Rau, IV, p. 77, texte et note 64; Larombière, II, p. 505 (art. 1182, n. 7); Laurent, XVII, n. 98. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 101 *bis*, III; Demolombe, XXV, n. 436-437.

(3) Art. 1163, al. 4, Trad. Orsier.

(4) Art. 1122-3°. — L. C. civ. mexicain se prononce dans le même sens. Mais il est à remarquer qu'il a rejeté la solution de notre code civil non seulement sur la perte partielle, mais encore sur la perte totale. Il les met l'une et l'autre au compte du créancier. Art. 1343.

(5) Demolombe, XXV, n. 438-439 *bis*; Laurent, XVII, n. 99.

que soit l'importance de la perte partielle ? La loi ne faisant aucune distinction à cet égard, il faut, en principe, se prononcer pour l'affirmative. M. Laurent regrette avec raison que le législateur n'ait pas admis, dans notre matière, une solution analogue à celle qu'il a consacrée, dans l'art. 1636, en matière de garantie, et qu'il n'ait pas restreint, en conséquence, le droit pour le créancier de demander la résolution de l'obligation au cas où la perte partielle est telle qu'il n'aurait pas contracté en l'absence de la partie périe.

Mais, dans l'état actuel de notre législation, faut-il dire que le créancier jouirait de son droit d'option même si la perte partielle était minime? Nonobstant les termes absolus du troisième alinéa de l'art. 1182, nous croyons qu'il faut entendre la loi dans un sens raisonnable. Pour que le créancier ait la faculté de résoudre l'obligation, il faut, à notre avis, que la détérioration soit juridiquement appréciable suivant l'expression de M. Larombière, et nous ne pensons pas que le créancier pourrait demander, par exemple, la résolution d'une vente ayant pour objet un domaine dont le prix est d'un million, en se fondant sur ce qu'une parcelle de ce domaine, d'une valeur de 50 fr., aurait été emportée par la crue des eaux [1].

857. Mais cette circonstance que la chose aurait été livrée au créancier avant l'accomplissement de la condition ne ferait pas obstacle à l'application de la règle qui met les risques à la charge du débiteur, et, par conséquent, si, *pendente conditione,* un acheteur sous condition suspensive avait reçu livraison de la chose et avait payé le prix, il pourrait, si la chose périssait entre ses mains, répéter la somme par lui payée [2].

858. Qu'il s'agisse de la perte totale ou de la perte partielle de la chose due, les contractants ont incontestablement le droit, en vertu de l'art. 1134 C. civ., de déroger aux dispositions de l'art. 1182, en stipulant qu'elle sera à la charge du créancier. Cette convention pourrait même être tacite et résulter soit de la nature du contrat, soit de l'ensemble de ses

[1] Demolombe, XXV, n. 442; Larombière, II, p. 505-506 (art. 1182, n. 7). — Cpr. Duranton, XI, n. 80 *in fine,* p. 88.

[2] Demolombe, XXV, n. 428; Laurent, XVII, n. 99, p. 120.

clauses, soit des circonstances dans lesquelles il a été formé. En pareil cas c'est au juge qu'il appartient d'en reconnaître l'existence et l'étendue [1].

2. *Responsabilité qui incombe au débiteur, lorsque la chose a péri ou s'est détériorée par sa faute avant la réalisation de la condition.*

859. Il faut d'abord écarter l'hypothèse où la condition vient à défaillir, car alors la perte ou la détérioration ne cause aucun préjudice au créancier, puisqu'il n'a et même est censé n'avoir jamais eu aucun droit à la chose. Mais il en est autrement si la condition se réalise. Au cas de détérioration ou de perte partielle, la loi dit que le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation ou d'exiger la chose dans l'état où elle est. La loi fait ici une application du principe qu'elle pose un peu plus loin, dans l'art. **1184**, et d'après lequel tout contrat synallagmatique est affecté d'une condition résolutoire tacite pour le cas où l'une des parties manquerait à son engagement. Or, dans notre hypothèse, puisque la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, celui-ci n'a pas exécuté l'obligation qui lui incombait de conserver la chose en l'état où elle se trouvait lorsque les parties ont consenti. Le créancier peut donc demander la résolution du contrat [2].

860. Quel que soit d'ailleurs le parti qu'il prenne, il a droit de réclamer des dommages et intérêts; les mots *avec des dommages et intérêts,* qui terminent l'alinéa final de l'art. **1182**, se rapportent aux deux hypothèses qu'il prévoit, ainsi que cela résulte de sa ponctuation.

Dailleurs, comme nous venons de le démontrer, l'art. **1182** ne renferme qu'une application de l'art. **1184**. Or, dans cette dernière disposition, c'est précisément pour le cas où le créancier demande la résolution du contrat que la loi lui reconnaît expressément le droit à des dommages-intérêts. Enfin, si l'on se place au point de vue des principes généraux, le créancier, quel que soit le sens dans lequel il exerce son droit

(1) Duranton, XI, n. 77; Larombière, II, p. 503 (art. 1182, n. 4); Demolombe, XXV, n. 429-430. — Cpr. Huc, VII, n. 262, p. 349.

(2) Laurent, XVII, n. 97. — Req. rej., 1er mars 1892, S., 92. 1. 487, D. P., 92. 1. 412.

d'option, doit obtenir une réparation s'il subit un préjudice [1].

861. Pour la détermination des dommages-intérêts, il faut comparer la valeur qu'a la chose au moment où la condition se réalise et celle qu'elle aurait eue à la même époque, si la détérioration n'avait pas eu lieu. Le débiteur est tenu, en effet, de livrer la chose dans l'état où elle se trouverait alors, s'il avait rempli l'obligation qui lui incombait de la conserver [2].

862. Au cas de perte totale, que la loi ne prévoit pas, il ne peut être question que d'allouer des dommages et intérêts au créancier conformément aux règles du droit commun.

§ III. *De la condition résolutoire.*

863. La condition résolutoire est celle qui tient en suspens la résolution d'une obligation. Le législateur lui consacre la disposition suivante où il s'applique à déterminer avant tout les effets qu'elle produit soit avant, soit après sa réalisation : « *La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit,* » *opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au* » *même état que si l'obligation n'avait pas existé. — Elle ne* » *suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seule-* » *ment le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où* » *l'événement prévu par la condition arrive* ». Art. **1183**.

Ainsi, d'après cette disposition, l'événement de la condition *révoque* l'obligation. Dans l'art. **1168**, la loi dit qu'il la *résilie*. La première expression nous paraît préférable. Notre langue juridique possède trois mots pour désigner les causes qui font tomber un acte juridique valable : *résolution, révocation* et *résiliation*. Il est difficile de préciser le sens exact de chacun de ces termes, car il semble bien que souvent la loi les emploie indifféremment l'un pour l'autre. Cependant la distinction suivante nous paraît exacte. La *résolution* produit

(1) Marcadé, IV, n. 562 *in fine*; Colmet de Santerre, V, n. 101 *bis*-V; Larombière, II, p. 508 (art. 1182, n. 10); Demolombe, XXV, n. 444; Laurent, XVII, n. 97, al. 2; Vigié, II, n. 1334.

(2) Toullier, VI, n. 540; Larombière, II, p. 507 (art. 1182, n. 9); Laurent, XVII, n. 97 *in fine*.

un effet rétroactif : elle agit même dans le passé, *ut ex tunc*. La *résiliation* n'agit que dans l'avenir, *ut ex nunc :* elle ne porte aucune atteinte au passé. Quant au mot de *révocation,* sa signification juridique est assez indécise. Nous voyons que la révocation agit tantôt avec effet rétroactif, comme par exemple la révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfant (art. 963), tantôt sans effet rétroactif, comme la révocation pour cause d'ingratitude du donataire. Arg. art. 958 (1).

Les jurisconsultes romains disaient de l'obligation sous condition résolutoire : *pura obligatio quæ sub conditione resolvitur* (2) ; ce n'est pas l'obligation qui est conditionnelle, mais seulement sa résolution. Et en effet l'obligation sous condition résolutoire existe dès maintenant ; elle est, en réalité, pure et simple (3). Mais, si l'événement mis en condition se réalise, elle sera résolue, c'est-à-dire rétroactivement anéantie. Ainsi on peut dire que, dans la terminologie de la loi, la condition suspensive prend le nom spécial de condition résotoire quand elle tient en suspens non la naissance, mais la résolution d'une obligation.

Nous allons traiter : 1° De la condition résolutoire en général ; 2° du pacte commissoire.

I. *De la condition résolutoire en général.*

864. Nous devons déterminer la situation respective des parties soit pendant que la condition résolutoire est en suspens, soit après qu'elle s'est accomplie ou a défailli.

A. *Des droits respectifs des parties pendant que la condition est en suspens.*

N. 1. — *Droits du créancier sous condition résolutoire.*

865. En principe le créancier est dans la même situation que si l'obligation n'était pas affectée de la condition résolutoire, car l'existence de celle-ci ne s'oppose pas à ce que l'obligation ait toute son efficacité juridique.

(1) Cpr. Laurent, XVII, n. 103 et 113.

(2) L. 2, D., *De in diem addict.*, XVIII, 2. — Accarias, *op. cit.*, II, n. 532, p. 102. — V. Von Ihering, *Espr. du dr. rom.*, IV, p. 164.

(3) Req., 5 décembre 1883, D. P., 84. 1. 130.

Le créancier a donc, *pendente conditione,* les mêmes droits et actions que si l'obligation était pure et simple. Il peut, en conséquence, d'ores et déjà poursuivre le paiement : la loi dit elle-même que la condition dont nous parlons « ne suspend point l'exécution de l'obligation » (1).

866. Le créancier, quand l'obligation a pour objet un corps certain, devient immédiatement propriétaire. Art. 1138. L'acquéreur sous condition résolutoire peut donc, *pendente conditione,* intenter les actions pétitoires et possessoires relatives à la chose par lui acquise. Art. 1665 et arg de cet art. Comme aussi, en sens inverse, il peut défendre à toutes les actions intentées par des tiers au sujet de cette chose.

867. Quand l'acquisition sous condition résolutoire a pour objet une quote-part dans une chose indivise, l'acquéreur peut soit former l'action en partage, soit y défendre, et, si la condition se réalise, le partage poursuivi avec lui est opposable à l'aliénateur. C'est une conséquence de cette idée générale que l'acquéreur sous condition résolutoire, ayant, dès le moment du contrat, la plénitude du droit de propriété, se présente comme contradicteur légitime et nécessaire pour toutes les actions relatives à la chose par lui acquise. Au surplus l'art. 1667 nous fournit un puissant argument. Aux termes de sa disposition : « Si l'acquéreur à pacte de réméré d'une partie indivise d'un héritage s'est rendu adjudicataire de la totalité sur une licitation provoquée contre lui, il peut obliger le vendeur à retirer le tout lorsque celui-ci veut user du pacte ». Voilà bien qui implique le maintien de la licitation et, par conséquent, du partage consommé avec l'acquéreur. Or il n'existe pas de motif pour décider que cette disposition est particulière à la vente avec faculté de rachat. Elle est donc commune à toutes les aliénations sous condition résolutoire.

Et qu'on n'objecte pas qu'une fois la résolution survenue, le partage ainsi opéré doit tomber comme les autres actes de disposition faits par l'acquéreur ! Dans notre droit, le partage ne constitue pas un acte de disposition. Il ne fait qu'indivi-

(1) Le legs soumis à une condition résolutoire s'ouvre au décès même du testateur, et, par conséquent, le légataire peut, dès ce moment, former sa demande en délivrance. — Req., 10 avril 1894, S., 94. 1. 503, D. P., 94. 1. 332.

dualiser et déterminer le droit de chacun des copartageants sur la chose partagée. Pour chacun d'entre eux, il substitue un droit privatif à un droit indivis. On ne peut pas dire que les copartageants aliènent une partie de leur droit, car chacun d'entre eux est censé avoir été, dès le début, propriétaire du lot qui lui a été attribué et n'avoir pas été propriétaire des biens mis dans les autres lots. D'ailleurs, à la différence des actes de disposition, le partage est un acte nécessaire; les consorts de l'acquéreur pouvaient, aussi bien que lui, faire cesser l'indivision. Art. 815. Ainsi à raison de ses caractères, le partage doit survivre à la réalisation de l'événement prévu [1].

868. Mais l'aliénateur sous condition résolutoire peut, afin d'empêcher que le partage soit fait en fraude de ses droits, y intervenir à ses frais ou s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de sa présence. Art. 882. Son intérêt sera ainsi sauvegardé pour le cas où la condition viendrait à s'accomplir. Il peut certainement prendre ces mesures, car elles constituent simplement des actes conservatoires. Arg. art. 1180 [2].

869. Tout ce que nous venons de dire s'applique aussi bien au partage amiable qu'au partage judiciaire. Ainsi le partage amiablement fait par l'acquéreur sous condition résolutoire est valable et sera obligatoire pour l'aliénateur lui-même, si la condition se réalise. Que le partage judiciaire, vu les formalités dont il suppose l'accomplissement, paraisse garantir mieux l'égalité des lots, peu importe! Ce n'est point pour ce motif que l'acquéreur sous condition résolutoire peut y procéder et que ce partage sera, au cas de réalisation de l'événement prévu, opposable à l'aliénateur; c'est à raison

(1) Larombière, III, p. 6-8 (art. 1183, n. 7). — Sur l'effet déclaratif du partage, voir Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Success.*, III, n. 4265 s.

(2) Larombière, III, p. 9 (art. 1183, n. 7). — Le demandeur en partage ne peut pas être obligé de mettre en cause l'aliénateur sous condition résolutoire pour que le jugement soit commun avec lui. Ce procédé, il est vrai, sauvegarderait les droits éventuels de l'aliénateur. Mais il ne s'expliquerait que si l'acquéreur sous condition résolutoire n'avait pas qualité pour former la demande en partage ou pour y défendre. Or nous avons montré qu'il en est autrement. Pourquoi donc appeler en cause l'aliénateur, qui, au surplus, est juge du point de savoir s'il doit former opposition au partage ou y intervenir ? Larombière, III, p. 9 (art. 1183, n. 7).

du droit qu'a l'acquéreur d'intenter toutes les actions relatives à la chose et d'y défendre. Et, en ce qui concerne ce droit, l'acquéreur est dans la même situation que s'il avait une propriété pure et simple. Il n'est donc point tenu, quand il l'exerce, d'observer certaines formes. D'ailleurs la solution opposée mettrait l'acquéreur et ses consorts dans la nécessité de subir les lenteurs et les frais d'un procès. Ce résultat serait aussi contraire à l'esprit de la loi qu'à l'intérêt général [1].

870. Au surplus, ici, par acte de partage, nous entendons tout acte qui a pour effet direct d'attribuer à chacun des intéressés un droit exclusif sur une part des biens; mais nous ne visons point les opérations préalables qui sont simplement des préliminaires accidentels du partage. C'est ainsi que la convention ou le jugement intervenu pour la détermination soit de la consistance de la masse indivise, soit de la quotité des parts respectives, ne pourra pas, après l'accomplissement de la condition résolutoire, être invoqué à l'encontre de l'aliénateur, si les droits de celui-ci étaient lésés par le jugement ou par la convention. Il n'en serait autrement que si l'aliénateur avait été appelé en cause ou si on l'avait fait intervenir au contrat. Mais, à défaut de cette précaution, l'aliénateur serait fondé à soutenir que le jugement ou la convention ne lui est pas opposable, et, s'il le faisait, le partage lui-même ne serait plus obligatoire pour lui [2].

871. Il se peut, au cas d'aliénation sous condition résolutoire d'une part indivise, que l'aliénateur ait interdit à l'acquéreur, soit d'intenter seul l'action en partage, soit d'y défendre seul. Dans cette hypothèse, l'acquéreur n'ayant pas d'autres droits que ceux résultant de son titre et ses copropriétaires devant consulter ce titre pour s'assurer de sa qualité, le demandeur, que ce soit l'acquéreur lui-même ou un des autres intéressés, est tenu d'appeler en cause l'aliénateur pour que le jugement soit commun avec lui. Sans quoi, au cas d'arrivée de la condition résolutoire, le partage serait susceptible d'être révoqué sur la poursuite de l'aliénateur [3].

(1) Larombière, III, p. 7 art. 1183, n. 7).
(2) Larombière, III, p. 9 et 10 (art. 1183, n. 7).
(3) Larombière, III, p. 10 (art. 1183, n. 7).

872. Ainsi que nous l'avons expliqué, l'acquéreur sous condition résolutoire est, *pendente conditione*, au regard de l'aliénateur, dans la situation d'un débiteur sous condition suspensive. Or nous venons de montrer que dans le cas où l'aliénation a pour objet une quote-part indivise dans une chose, il a qualité pour procéder *medio tempore* à un partage qui sera opposable à l'aliénateur, si la condition se réalise. Il est donc naturel, que *pendente conditione*, l'aliénateur sous condition suspensive d'une quote-part indivise dans une chose puisse, lui aussi, poursuivre, hors de la présence de l'acquéreur, un partage qui, après l'accomplissement de la condition, sera obligatoire pour ce dernier. En un mot, ce que nous avons dit de l'acquéreur sous condition résolutoire, est vrai également de l'aliénateur sous condition suspensive.

Toutefois, on ne saurait prétendre que les copropriétaires de ce dernier font preuve d'imprudence en n'exigeant pas communication du titre constatant l'aliénation par lui consentie. Peu importe donc que ce titre renferme une clause interdisant à l'aliénateur de poursuivre le partage sans le concours de l'acquéreur : alors même que celui-ci n'aurait pas été mis en cause, l'instance en partage serait régulière.

Il n'en serait plus ainsi, cependant, si tous les copropriétaires avaient connu, d'une façon quelconque, la clause dont nous parlons. Dans ce cas, ils seraient de mauvaise foi, s'ils procédaient au partage hors de la présence de l'acquéreur. La connaissance qu'ils auraient eue de cette clause vaudrait opposition au partage.

Mais si quelques-uns des copropriétaires seulement avaient été de mauvaise foi, le partage, étant inattaquable au regard des autres, devrait, vu son caractère d'indivisibilité, être maintenu pour le tout, et l'acquéreur sous condition suspensive n'aurait, si l'événement prévu se réalisait, qu'une action en dommages-intérêts contre ceux des copartageants qui auraient connu la clause d'interdiction [1].

873. L'acquéreur sous condition résolutoire d'un immeuble est également admis à purger celui-ci des hypothèques et pri-

[1] Larombière, III, p. 11 (art. 1183, n. 8).

vilèges qui le grèvent du chef de son auteur ou des précédents propriétaires [1]. Mais la condition résolutoire survit à la purge ainsi opérée.

874. De même il peut opposer le bénéfice de discussion sur les poursuites dirigées contre lui à raison de ces privilèges et hypothèques. Art. 1666 et arg. de cet art. Mais, au cas de vente à réméré, les créanciers du vendeur peuvent, en exerçant la faculté de rachat au nom de leur débiteur, conformément à l'art. 1166, amener l'accomplissement de la condition résolutoire.

875. L'acquéreur sous condition résolutoire d'un immeuble peut encore prescrire contre le véritable propriétaire, comme aussi contre les tiers qui prétendraient avoir des droits réels sur cet immeuble. Art. 1665 et arg. de cet art. Il peut, d'ailleurs, usucaper par dix à vingt ans, et cette prescription commence à courir à la date même de son titre, car, dès le moment où ce titre a existé, l'acquéreur, nonobstant la condition résolutoire, a eu le droit de se considérer comme propriétaire [2].

876. Il peut, d'autre part, interrompre par voie de reconnaissance la prescription courant à son profit, et cette interruption produirait son effet même au préjudice des droits qui appartiennent éventuellement à l'aliénateur pour le cas d'accomplissement de la condition. Mais la renonciation qu'il ferait à la prescription acquise ne serait pas opposable à l'aliénateur, si la condition se réalisait. Art. 2225.

[1] Colmet de Santerre, IX, n. 169 *bis*-XXVI; Pont, *Priv. et hyp.*, II, n. 1285; Aubry et Rau, III, p. 505, et IV, p. 78; Dalmbert, *Purge des priv. et hyp.*, n. 93 et 94; Laurent, XVII, n. 105, et XXXI, n. 427; Huc, VII, n. 264, p. 353; Vigié, III, n. 1504, p. 792; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv. et hyp.*, III, n. 2339. — Bourges, 26 janv 1822, S. chr., VII, 2. 16, col. 3, D., *Répert. alph.*, v° *Appel incident*, n. 138. — Montpellier, 4 mars 1841, S., 42. 2. 25, D., *op. cit.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 2214. — Req., 14 avril 1847, S., 47. 1. 341, D. P., 47. 1. 217. — Grenoble, 17 fév. 1849, S., 49. 2. 543, D. P., 51. 2 235. — Req., 23 août 1871, S., 71. 1. 118, D. P., 73. 1. 321. — Cpr. Petit, *Des surenchères*, p. 290; Labbé, *Rev. crit. de législ et de jurispr.*, 1856, VIII, p. 220 s., n. 10. — Mais, lorsqu'il a été procédé à la purge par l'acquéreur sous condition résolutoire, les hypothèques ainsi éteintes le sont-elles définitivement, même au cas de réalisation de la condition? Sur cette question très controversée, voyez Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, III, n. 2340-2346.

[2] V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescrip.*, n. 672 et les autorités par eux citées en note.

877. Cependant la règle que l'obligation sous la condition résolutoire confère au créancier les mêmes droits que si elle était pure et simple, souffre une exception remarquable en matière de vente avec faculté de rachat. L'acquéreur, dans cette hypothèse, ne peut pas, jusqu'à l'expiration du délai fixé pour le réméré, expulser le preneur qui n'a pas de bail authentique ou de bail à date certaine. Art. 1751. Il ne convenait pas que l'acquéreur fût admis à expulser le preneur, alors que le bail est obligatoire pour le vendeur qui peut évincer l'acquéreur. D'ailleurs, on peut dire que cette disposition est fondée sur la convention tacite des parties : par cela même que le vendeur a stipulé et que l'acquéreur a accepté la clause de rachat, il a été entendu que le bail serait respecté. La disposition de l'art. 1751 s'explique donc par des raisons toutes spéciales à la situation qu'il prévoit. Elle est, par suite, exceptionnelle, et on ne peut pas l'étendre aux autres conditions résolutoires (1).

878. Le contrat affecté d'une condition résolutoire étant, *pendente conditione,* considéré comme pur et simple, les droits d'enregistrement sont dus dès le jour de la formation de ce contrat (2).

N° 2. *Droits de celui à qui la résolution doit profiter.*

879. L'événement qui, dans un contrat translatif de propriété, forme une condition résolutoire du droit de l'une des parties sur la chose dont la propriété est transférée, constitue toujours, on l'a vu, une condition suspensive du droit sur la même chose (3). C'est ce que l'on aperçoit fort bien dans l'exemple de la vente à réméré : *pendente conditione,* l'acheteur est propriétaire ; mais son droit sera résolu si l'acheteur rembourse le prix dans le délai convenu. Quant

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage,* I, n. 1000. L'expulsion émanant d'un acquéreur sous condition résolutoire doit-elle être maintenue, si, par suite de l'accomplissement de la condition, l'aliénateur rentre en possession de l'immeuble? V. les mêmes auteurs, *op. cit.*, I, n. 1001.

(2) D. *Rép. alph.*, v° *Enregistrement,* n. 273, et *Suppl. au Rép. alph.*, eod. v°, n. 161. — Trib. civ. Seine, 8 juin 1872, D. P., 73. 5. 231. — Civ. cass., 26 mars 1873, S., 73. 1. 225, D. P., 74. 1. 137.

(3) V. *supra,* n. 775.

au vendeur, il est éventuellement propriétaire, et le deviendra définitivement s'il rembourse le prix dans ce délai. Le même événement forme donc une condition suspensive du droit de propriété du vendeur et une condition résolutoire du droit de propriété de l'acheteur ; l'un est propriétaire sous condition suspensive, l'autre, sous condition résolutoire [1].

De là résultent les conséquences suivantes :

880. 1° *Pendente conditione,* l'aliénateur sous condition résolutoire, étant créancier sous condition suspensive, peut faire tous les actes conservatoires de son droit. Arg. art. 1180 [2].

881. 2° Au cas d'aliénation sous condition résolutoire, l'aliénateur peut, tout aussi bien que l'acquéreur, accomplir sur la chose des actes de disposition, la vendre, l'hypothéquer, la grever de droits réels. Mais, bien entendu, le sort de ces actes sera subordonné à celui du droit de l'aliénateur [3].

882. 3° Les risques de la chose aliénée sous condition résolutoire sont à la charge de l'acquéreur ; car il est débiteur sous condition suspensive. Arg. art. 1182.

Il existe cependant une controverse sur ce point. Nous l'examinerons bientôt [4].

B. *De la situation des parties après que la condition résolutoire s'est accomplie ou a défailli.*

N° 1. *Du cas où la condition s'est accomplie.*

883. La condition résolutoire est, en réalité, nous l'avons dit, une condition suspensive. Cette condition, en effet, tient

[1] La vente à réméré n'est pas autre chose qu'une vente affectée d'une condition résolutoire qui dépend de la volonté du vendeur. — Marcadé, VI, sous l'art. 1659, I ; Colmet de Santerre, VII, n. 104 *bis*-III ; Aubry et Rau, IV, p. 407, texte et note 1 ; Laurent, XXIV, n. 381 ; Baudry-Lacantinerie, *Pr. de dr. civ.*, III, n. 582 ; Guillouard, *Vente*, II, n. 646 ; Vigié, III, n. 789 ; Thiry, III, n. 598, p. 606 ; Huc, X, n. 175, p. 241, et n. 183, p. 254.

[2] Tout en enseignant, contrairement à l'opinion généralement admise, que la condition résolutoire du droit de l'une des parties ne constitue pas en même temps une condition suspensive de l'acquisition de ce droit au profit de l'autre partie, MM. Aubry et Rau décident, par argument de l'art. 1180, que la personne à laquelle doit profiter la résolution peut accomplir tous les actes conservatoires du droit qu'elle avait aliéné et qui lui fera retour si la condition se réalise, IV, p. 61 et 79.

[3] V. *supra*, n. 818.

[4] V. *infra*, n. 892.

en suspens la résolution d'un droit. Il est donc naturel que sa réalisation opère de plein droit comme celle de toute autre condition suspensive.

Deux conséquences découlent de cette idée :

884. 1° Quand la condition résolutoire est accomplie, le juge n'a pas à prononcer la résolution du contrat, et il ne pourrait pas, même dans l'intérêt commun des parties, le considérer comme non résolu. Bien plus! les parties elles-mêmes n'auraient aucun moyen de rendre la vie au contrat. Si elles voulaient rétablir les rapports de droits qu'il avait créés entre elles, leur seule ressource serait de faire une nouvelle convention pareille à la première.

Ainsi, dès que la condition est accomplie, l'aliénateur sous condition résolutoire redevient propriétaire de la chose, et, en conséquence, il peut la revendiquer contre toute personne qui la détient. L'action qui lui appartient est donc réelle.

885. 2° La résolution, se produisant de plein droit, est opposable par elle-même à toute personne qui invoque le contrat résolu; donc aussi bien aux tiers qu'aux parties. Pas plus à l'égard des uns qu'à l'égard des autres il n'est besoin d'un jugement. En sens inverse la résolution peut être immédiatement invoquée par tous, notamment par les tiers qui ont intérêt à s'en prévaloir ([1]).

886. D'ailleurs, dans l'application de notre principe, il n'y a pas lieu de distinguer suivant que la condition résolutoire est casuelle, potestative ou mixte. Dans tous les cas sa réalisation opère de plein droit. Le texte et les motifs de la loi n'admettent pas de distinction. Sans doute, quand il s'agit d'une condition potestative négative, il y aura souvent difficulté sur le point de savoir si elle est accomplie. Mais, une fois que sa réalisation aura été constatée, les juges devront tenir le contrat pour résolu ([2]).

887. Cependant la règle que l'événement de la condition résolutoire opère de plein droit comporte une exception. Elle

([1]) Larombière, III, p. 38 (art. 1183, n. 37) ; Demolombe, XXV, n. 476-479.

([2]) Toullier, VI, n. 554 ; Marcadé, IV, n. 568 ; Larombière, III, p. 37 (art. 1183, n. 36) ; Colmet de Santerre, V, n. 104 *bis*-I ; Aubry et Rau, IV, p. 82, texte et note 78 ; Demolombe, XXV, n. 472-474 ; Laurent, XVII, n. 115.

est relative au pacte commissoire. Nous y reviendrons [1].

888. Du moment que la condition résolutoire est en réalité une condition qui tient en suspens la résolution du contrat, il n'y avait pas de raison pour ne pas lui appliquer la règle qui attache un effet rétroactif à l'accomplissement de la condition suspensive. Aussi l'art. 1183 dispose-t-il que la réalisation de la condition résolutoire « remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé ». Sans doute l'expression *effet rétroactif,* qui figure dans l'art. 1179, ne se retrouve pas dans l'art. 1183, mais la formule que nous venons de reproduire est trop claire et trop énergique pour qu'on puisse avoir le moindre doute. Au surplus, l'art. 1179, qui pose le principe de l'effet rétroactif de la condition accomplie, est placé sous la rubrique « De la condition *en général...* » et ne distingue pas. Il est donc relatif aussi bien à la condition résolutoire qu'à la condition suspensive.

889. Les conséquences de la rétroactivité de la condition résolutoire accomplie, notamment quant aux actes de disposition faits *pendente conditione,* ont été exposées quand nous avons étudié la disposition de l'art. 1179. Pour ne pas nous répéter, nous nous en référons à nos précédentes explications [2].

890. Il est un point, cependant, sur lequel nous devons revenir. Celui qui transmet sous condition résolutoire un droit de propriété, devient, on l'a vu, quant à la chose par lui aliénée, propriétaire sous condition suspensive, et, par conséquent, si l'événement prévu se réalise, les droits réels par lui constitués sur la chose *pendente conditione* ont été, grâce à l'effet rétroactif, définitivement acquis dès qu'ils ont été consentis, sauf les questions de transcription ou d'inscription [3].

C'est, par exemple, ce qui a lieu au cas de vente à réméré. Ce contrat n'est pas autre chose qu'une vente affectée d'une condition résolutoire qui dépend du vendeur. Il résulte de ce qui précède que si le vendeur exerce la faculté de rachat après avoir *pendente conditione* conféré des hypothèques sur l'immeuble vendu, ces hypothèques, par suite de

(1) V. *infra*, n. 921 s.
(2) V. *supra*, n. 817.
(3) V. *supra*, n. 818.

l'accomplissement de la condition, valent du jour où elles ont été inscrites. En effet, tant qu'il est incertain si la faculté de rachat sera exercée, en d'autres termes, tant que la condition résolutoire est en suspens, le vendeur est propriétaire sous condition suspensive, et il peut, en conséquence, conférer sur l'immeuble vendu des droits réels subordonnés à la même condition que son droit de propriété. Et si, ensuite, il exerce la faculté de rachat, ces droits réels se trouvent remonter au moment où ils ont été consentis (1).

891. Toutefois si, postérieurement à la constitution d'hypothèque, le vendeur cède à un tiers la faculté de rachat, et que ce tiers l'exerce, l'hypothèque sera-t-elle consolidée par l'accomplissement de la condition ? A l'appui de la négative on fait observer que l'immeuble grevé ne rentre pas dans le patrimoine de celui qui a conféré l'hypothèque. Mais, en faveur de la solution contraire, on objecte que la première opinion aboutit à cette étrange conséquence que, depuis la vente jusqu'à la cession, la propriété de l'immeuble hypothéqué n'a reposé sur la tête de personne. Nous ne faisons qu'indiquer les principaux éléments de cette fort délicate controverse (2).

892. Les risques de la chose aliénée sous condition résolutoire sont, avons-nous dit, à la charge de l'acquéreur. Il existe cependant sur ce point une controverse, à notre avis peu sérieuse, que nous allons examiner maintenant, en nous plaçant successivement au point de vue de la perte totale et au point de vue de la perte partielle.

L'accomplissement de la condition résolutoire, dit-on, a pour effet de mettre les choses au même état que si la convention n'avait pas existé. Or, à défaut de cette convention, celui qui a vendu aurait supporté la perte totale de sa chose. Il doit donc en être de même quand la condition s'est réali-

(1) La question de savoir si celui qui vend un immeuble avec faculté de rachat peut l'hypothéquer *pendente conditione* est controversée. — V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv. et hyp.*, II, n. 1317 et les autorités par eux citées en sens divers.

(2) Pour la discussion complète, v. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, II, n. 1318 et les auteurs qu'ils citent.

sée, sans quoi la proposition de l'art. 1183 ne serait pas exacte. Il est facile de répondre que l'effet rétroactif de la condition prévu par l'art. 1183 ne peut pas se produire puisque la résolution est impossible. En effet, la résolution, suppose essentiellement l'obligation pour l'acheteur sous condition résolutoire de restituer la chose ; cette obligation étant sous condition suspensive, ne peut pas, faute d'objet, devenir parfaite. Art. 1182, al. 2 (1).

Dans le cas de perte partielle de la chose vendue, la résolution, si la condition s'accomplit, peut sans doute avoir lieu. Mais est-ce à dire qu'elle doive, comme on le prétend, agir rétroactivement quant aux risques ? Non, car il n'y a pas de raison pour soustraire l'obligation de restituer aux règles qui gouvernent les obligations sous condition suspensive en général. Or, le Code civil, écartant l'effet rétroactif de la condition accomplie, décide que le créancier sous condition suspensive peut, à son choix, ou résoudre l'obligation ou exiger la chose dans l'état où elle se trouve sans diminution de prix (art. 1182, al. 3), ce qui revient, nous l'avons démontré, à mettre les risques à la charge du débiteur, c'est-à-dire, dans notre hypothèse, à la charge de l'acheteur sous condition résolutoire.

Pour exclure en matière de condition résolutoire l'application du 2e et du 3e alin. de l'art. 1182, il faudrait démontrer que ces dispositions ne concernent que les conditions suspensives expresses ; mais les termes de l'art. 1182 sont absolus, et, par suite, ne comportent pas cette distinction (2).

(1) V. en ce sens Delvincourt, II, p. 485 ; Toullier, III, n. 548 ; Marcadé, IV, n. 564 ; Massé, *Dr. comm*, IV, n. 372 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, III, p. 389 ; Dalloz, *Rép. alph.*, vo *Oblig.*, n. 1195 ; Valette, cité par Mourlon, *Répét. écr.*, II, n. 1212 ; Colmet de Santerre, V, n. 102 *bis*-IV ; Demolombe, XXV, n. 461 ; Aubry et Rau, IV, p. 79, texte et note 70 ; Laurent, XVII, n. 110 ; Huc, VII, n. 264-6o, p. 353. — En sens contraire, voyez Duranton, XI, n. 91 ; Gauthier La Chapelle, *Encycl. du droit*, vo *Condition*, n. 320 ; Larombière, III, p. 61 (art. 1183, n. 63). La même controverse s'est produite chez les interprètes modernes du droit romain. Vernet met à la charge de l'acheteur la perte totale de la chose vendue sous condition résolutoire. *Textes choisis sur la théorie des obligations du droit romain*, p. 136, tandis que, d'après M. Bufnoir, elle doit être supportée par le vendeur. *Théorie de la condition*, p. 454 s.

(2) *Sic* Demolombe, XXV, n. 463 ; Laurent, XVII, n. 111. — *Contra* Duranton,

893. Il va sans dire, d'ailleurs, que dans le cas où la condition suspensive résulte de l'apposition d'une condition résolutoire, les parties peuvent, tout aussi bien que lorsqu'elle est directement stipulée, déroger aux dispositions de l'art. 1182 et convenir que les risques incomberont au créancier, notamment au vendeur sous condition résolutoire. Cette convention pourrait être tacite (1).

894. Au cas de perte ou de dégradation survenue par sa faute, l'acquéreur sous condition résolutoire est tenu, si la condition se réalise, d'indemniser l'aliénateur. Cette solution est d'évidence.

895. Sauf convention contraire, les frais et loyaux coûts du contrat doivent, au cas d'événement de la condition résolutoire, rester à la charge de la partie à laquelle, d'après la nature de ce contrat, ils incombaient. Le paiement qui en a été fait ne saurait être considéré comme ayant profité à l'autre partie. La loi, il est vrai, renferme une décision contraire en ce qui concerne la vente à réméré. Art. 1673. Mais cela provient de ce que, dans cette hypothèse spéciale, le remboursement des frais et loyaux coûts de la vente constitue le moyen même par lequel la condition se réalise. La disposition de l'art. 1673 n'est donc pas une application de la règle générale (2).

896. De même chacun des intéressés, étant débiteur quant aux restitutions qui le concernent, doit supporter, sans répétition possible contre l'autre partie, la part de frais et loyaux coûts relative à ces restitutions. Mais les frais communs se partagent (3).

897. L'acquéreur sous condition résolutoire qui, par suite de la réalisation de l'événement prévu, est obligé de resti-

XI, n. 81; Massé et Vergé, sur Zachariæ, III, p. 380; Larombière, *loc. cit.*; Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1193; Aubry et Rau, IV, p. 80, texte et note 71. — Haute-Cour des Pays-Bas, 19 déc. 1879, S., 81. 4. 23, D. P., 80. 2. 90. Dans l'espèce, les objets vendus sous condition résolutoire avaient été simplement détériorés; mais les motifs sur lesquels s'appuie la Haute-Cour sont généraux et s'appliquent au cas de perte totale comme au cas de perte partielle.

(1) Demolombe, XXV, n. 462.

(2) Duranton, XI, n. 86; Larombière, III, p. 52 (art. 1183, n. 52).

(3) Larombière, *loc. cit.*

tuer la chose, peut-il du moins en retenir la possession jusqu'au paiement des indemnités qui peuvent lui être dues ? L'affirmative nous paraît fondée. L'art. 1673, en consacrant le droit de rétention pour le cas de vente à réméré, ne fait, d'après nous, qu'appliquer un principe général. L'acquéreur ne saurait perdre ce droit qu'en se dessaisissant volontairement de la chose, et, s'il était violemment dépouillé de cette dernière, il aurait l'action en réintégrande même contre le propriétaire [1].

N° 2. *Du cas où la condition résolutoire a défailli.*

898. La condition résolutoire ne tenant en suspens que l'anéantissement de l'obligation et, par suite, n'empêchant pas celle-ci d'être pure et simple, sa défaillance n'a d'autre effet que de faire disparaître les chances de résolution, et l'obligation subsiste avec le caractère d'obligation pure et simple, qu'elle a eu dès sa formation. Aussi tous les actes de disposition accomplis relativement à la chose *pendente conditione* par l'acquéreur sous condition résolutoire sont définitivement valables.

La défaillance de la condition résolutoire implique évidemment celle de la condition suspensive qui en était la contrepartie, et, en conséquence, les droits réels constitués sur la chose *pendente conditione* par l'aliénateur sous condition résolutoire, créancier sous condition suspensive, tombent comme faits *a non domino*.

899. La défaillance de la condition résolutoire, comme l'accomplissement de celle-ci, opère de plein droit. Les parties ne pourraient supprimer les effets légaux de la défaillance qu'en faisant un nouveau contrat. La loi elle-même déduit une conséquence de cette idée en matière de vente à réméré. Le terme fixé pour l'exercice de la faculté de rachat étant de rigueur, l'acquéreur, faute par le vendeur d'avoir usé de cette faculté dans le délai convenu, est irrévocablement propriétaire. Art. 1662. Donc, s'il renonce à se prévaloir de ce fait que le terme est expiré sans que le vendeur ait exercé le

[1] Larombière, III, p. 59 (art. 1183, n. 59).

réméré, il ne peut cesser d'être propriétaire qu'au moyen d'une revente. Cette proposition est d'une grande importance au point de vue des droits réels conférés sur la chose par l'acquéreur à des tiers. Vainement l'acquéreur renoncerait-il à se prévaloir de la défaillance de la condition résolutoire : ces droits n'en seraient pas moins maintenus (1).

II. *Du pacte commissoire.*

900. On appelle pacte commissoire la clause par laquelle les parties conviennent que le contrat sera résolu si l'une ou l'autre d'entre elles ne satisfait pas à son engagement. Le pacte commissoire n'est qu'une condition résolutoire d'une nature particulière (2).

En droit romain, le vendeur pouvait, sans doute, au moyen du pacte commissoire, *lex commissoria,* se réserver le droit de résoudre la vente, si l'acheteur n'avait pas payé son prix dans le délai fixé (3). Mais le pacte commissoire devait toujours être exprès. On ne trouve donc pas, en droit

(1) Cpr. Duranton, XVI, n. 399 ; Troplong, *Vente,* n. 711 ; Larombière, III, p. 38 (art. 1183, n. 37).

(2) Nous disons *d'une nature particulière,* car toujours le pacte commissoire tacite (v. *infra,* n. 930) et presque toujours le pacte commissoire exprès (v. *infra,* n. 953 s.) diffèrent notablement de la condition résolutoire ordinaire.

(3) L. 2 et 3, L. 4, § 4, D., *De lege commissoria,* XVIII, 3. « Cette clause, dit M. Girard, par laquelle on convient que le vendeur pourra se dégager de la vente si le prix ne lui est pas payé au temps convenable, n'est pas, à notre sens, destinée, comme pourraient le faire croire les habitudes modernes, à empêcher l'acheteur de perdre la chose et le prix, à lui donner une sûreté pour le cas où il ne serait pas payé. Le vendeur est déjà protégé sous ce rapport par la règle selon laquelle, à moins de renonciation de sa part, la propriété n'est transférée par la mancipation ou la tradition faite en vertu d'une vente qu'à partir du paiement du prix ; la *lex commissoria,* qui, comme a démontré M. Bechmann, n'implique aucunement de sa part renonciation à ce bénéfice, lui permet de ne pas rester indéfiniment dans les liens du contrat, de recouvrer faute de paiement sa liberté d'action ». *Op. cit.,* p. 703, note 3. De son côté, M. Accarias s'exprime ainsi : «... Le vendeur, même en accordant un délai pour le paiement du prix, peut, à l'aide de certains pactes, retenir la propriété de la chose vendue et livrée. Mais ces pactes ne rendent pas la *lex commissoria* inutile. Car la revendication qu'ils permettent d'exercer n'entraîne pas résolution du contrat ». *Op. cit.,* II, n. 613, p. 311, note 3. Il ne faut donc pas, comme l'ont fait certains auteurs (notamment Demolombe, XXV, n. 483-484), restreindre l'utilité de la *lex commissoria* au cas où le vendeur avait suivi la foi de l'acheteur, par exemple en lui accordant un terme pour le paiement du prix, sans réserver la propriété de la chose vendue.

romain, la condition résolutoire tacite dont parle l'art. 1184. Ces règles furent suivies dans nos anciens pays de droit écrit ([1]). Mais, dans les pays de coutume, elles subirent deux modifications importantes ([2]) : 1° Dans le silence de la convention, le pacte commissoire était considéré comme sous-entendu ([3]) : à côté du pacte commissoire exprès, notre ancien droit coutumier admettait donc le pacte commissoire tacite. Il y avait entre les deux cette différence qu'au cas de simple pacte commissoire tacite le juge ne prononçait la résolution de la vente qu'après avoir accordé à l'acheteur un délai de grâce pour se libérer et faute par lui d'avoir payé dans ce délai, tandis qu'il prononçait la résolution tout de suite quand il y avait un pacte commissoire exprès; 2° L'acheteur pouvait utilement payer son prix tant que la résolution n'avait pas été prononcée par le juge, tandis que, d'après le droit romain, la vente était résolue à défaut de paiement lors de l'expiration du terme fixé ([4]), à la condition, bien entendu, que le vendeur s'en prévalût.

Pothier explique très nettement que c'est pour un motif d'équité que la condition résolutoire tacite fut admise. « Comme, le plus souvent, dit-il, on ne peut sans de grands frais, se faire payer de ses débiteurs, on a été obligé de se départir, dans les tribunaux, de la rigueur de ces principes (des principes du droit romain) ; et l'on admet un vendeur à demander la résolution du contrat de vente pour cause de défaut de paiement du prix, quoiqu'il n'y ait pas de pacte commissoire » ([5]). Une fois acceptée par notre ancienne jurisprudence, la condition résolutoire tacite fut naturellement étendue aux autres contrats synallagmatiques ([6]).

([1]) Le principe romain ne cessa d'être appliqué dans le ressort du Parlement de Toulouse qu'à la promulgation du Code civil.

([2]) Toutefois, même dans les pays de coutume, le système romain avait été d'abord suivi. V. Despeisses, tit. I, sect. fin., n. 19.

([3]) Domat, *Lois civ.*, 1er part., liv. I, tit. II, sect. XII, n. 13 (édit. Rémy, I, p. 193); Pothier, *Oblig.*, n. 672, al. 6 (édit. Dupin, I, p. 406), *Vente*, n. 476, al. 4 (même édit., II, p 210).

([4]) En droit romain, l'option qui résultait de l'action formée par le vendeur était irrévocable. L. 4, § 2, L. 7, D., *De lege commissoria.*

([5]) Pothier, *Vente*, n. 476, al. 4 (édit. Dupin, II, p. 211).

([6]) D'après certains auteurs, le pacte commissoire tacite aurait pour origine la

A l'imitation de notre ancien droit coutumier, le Code civil admet le pacte commissoire exprès et le pacte commissoire tacite.

Dans le système de ce code, le pacte commissoire tacite n'est pas autre chose qu'une condition résolutoire sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à son engagement. Il peut être invoqué dès qu'il y a inexécution fautive, du moins, comme nous le verrons, si l'inexécution présente une importance appréciable. Ainsi, en principe, le simple fait qu'une des parties ne remplit pas ses obligations suffit. Peu importe que l'exécution soit encore possible : cette circonstance ne fait pas obstacle à la résolution. D'autre part les juges sont autorisés, sans doute, à accorder un délai au débiteur, mais la loi ne subordonne pas nécessairement la possibilité de la résolution à cette condition qu'un délai aura été imparti pour l'exécution et que le débiteur n'aura pas rempli ses obligations avant l'expiration de ce délai. Toutefois, à la différence de la condition résolutoire ordinaire, le pacte commissoire tacite n'opère pas de plein droit : la résolution doit être demandée aux juges, qui ont, sur le point de savoir si elle doit être prononcée, un pouvoir souverain d'appréciation. Mais les parties peuvent convenir que la résolution aura lieu de plein droit et même sans mise en demeure. Dans ce cas, il y a pacte commissoire exprès. On voit que le pacte commissoire exprès sert à renforcer les effets du pacte commissoire tacite. Enfin la partie qui fait prononcer la résolution par justice peut obtenir en même temps des dommages-intérêts.

Beaucoup de codes civils étrangers ont, à l'instar de notre législation, sous-entendu la clause résolutoire dans les contrats synallagmatiques pour le cas d'inexécution. Ils ont même, d'une façon générale, reproduit les divers traits du système

condictio causa data causa non secuta, admise, à Rome, dans les contrats innommés. V. notamment Demolombe, XXV, n. 483, 485, 488, 492, al. 8 ; Huc, VII, n. 267, p. 356-358 ; Martin, *De la* lex commissoria *dans la vente en droit romain...*, p. 80 s. — Mais il nous paraît incontestable qu'il a été introduit par notre ancien droit coutumier. V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, 4e édit., IV, n. 204, p. 210-211 (pour la bibliographie complète, voir les notes p. 211).

français. Nous citerons le Code civil néerlandais (art. 1302), le Code civil italien (art. 1165), le Code civil chilien (art. 1489), le Code civil mexicain (art. 1349-1350), le Code civil espagnol (art. 1124) [1].

Le Code fédéral des obligations pose des règles différentes : « Lorsque, dans un contrat bilatéral, dit son art. 122, l'un des contractants est en demeure, l'autre partie a le droit de lui fixer ou de lui faire fixer par l'autorité compétente un délai convenable, en le prévenant que, faute par lui de s'exécuter, le contrat se trouvera résilié à l'expiration du délai ». On voit que, d'après ce dernier code, lorsque la partie en demeure n'a pas exécuté son obligation dans le temps à elle assigné, l'autre partie a, par le fait même, un droit acquis à la résolution [2]. Mais la nécessité de laisser un délai au contractant qui n'a pas exécuté constitue un tempérament notable.

A plus forte raison, d'après le code fédéral, ainsi qu'on le voit dans son art. 123. « S'il résulte du contrat que, d'après l'intention des parties, l'obligation devait être exécutée à une époque déterminée, ni plus tôt, ni plus tard, ou dans un délai fixé et non plus tard, la partie envers laquelle l'obligation n'est pas acquittée à l'époque convenue ou dans le délai voulu, peut se départir du contrat sans autre formalité ». En réalité, dans l'hypothèse dont parle ce texte, l'exécution n'est plus possible, puisqu'on suppose que la prestation, pour être la prestation promise, aurait dû être accomplie à telle époque, aujourd'hui passée, ou dans tel délai, aujourd'hui expiré.

L'art. 124 ajoute que, « dans les cas prévus aux art. 122 et 123 (c'est-à-dire dans les deux cas dont nous venons de parler), la partie qui se départ du contrat peut demander la restitution de ce qu'elle a payé et, *de plus,* des dommages-intérêts si elle justifie que l'autre partie est en faute ». Il admet donc la possibilité du cumul de la résolution et d'une réparation pécuniaire complémentaire. C'est un point à remarquer. — V. aussi l'art. 125.

Les dispositions que le code civil allemand consacre à notre

[1] Cpr. C. civ. portugais, art. 709.
[2] Virgile Rossel, *Man. du dr. fédér. des oblig.*, p. 158.

question sont celles des art. 325, 326 et 361. Nous allons transcrire ces textes, mais dans un ordre qui nous permettra de mieux faire ressortir la concordance presque parfaite qui existe ici entre la législation allemande et la législation suisse : « Si, dans un contrat synallagmatique, porte l'art. 326, al. 1, une partie est en demeure quant à la prestation qui lui incombe, l'autre partie peut lui fixer un délai utile pour exécuter, avec déclaration qu'après l'expiration du délai elle refusera d'accepter la prestation. Ce délai expiré, elle a le droit d'exiger des dommages-intérêts pour inexécution ou de résilier le contrat, si la prestation n'a pas eu lieu en temps opportun ; dans ce cas, elle n'a plus le droit d'exiger l'exécution. Si, jusqu'à l'expiration du délai, la prestation reste partiellement inexécutée, l'on applique par analogie la disposition de l'art. 325, al. 1 ». Sauf sur la question des dommages-intérêts, cette disposition ne fait guère que reproduire celle de l'art. 122 du code fédéral des obligations.

Quant à l'art. 361 du code civil allemand, il s'exprime ainsi : « Lorsque, dans un contrat synallagmatique, il a été convenu que la prestation de l'une des parties sera exécutée exactement à une époque fixe ou dans un délai fixe, en cas de doute l'autre partie a le droit de résilier si la prestation n'a pas lieu à l'époque ou dans le délai fixés ». C'est, on le voit, la disposition qui figure dans l'art. 123 du code fédéral.

Enfin l'art. 325 du code civil allemand est ainsi conçu : « Si la prestation incombant à une partie en vertu d'un contrat synallagmatique devient impossible par suite d'une circonstance dont elle doit répondre, l'autre partie peut demander des dommages-intérêts pour inexécution, ou résilier le contrat. En cas d'impossibilité partielle, si l'exécution partielle n'a pas d'intérêt pour l'autre partie, elle peut exiger des dommages-intérêts du chef d'inexécution de l'obligation tout entière.. , ou résilier le contrat tout entier... » (1). Au fond cette disposition n'est que la généralisation de l'idée que nous avons trouvée dans l'art. 361 précité, ainsi que dans l'art. 123 du code fédéral. En effet, dans le cas prévu par ces

(1) Traduction de Meulenaere, p. 89-90 et 99.

deux derniers textes, il y a bien, comme nous l'avons fait observer, impossibilité d'exécuter [1].

D'ailleurs les deux codes, sous les conditions par eux indiquées, font dépendre la résolution de la seule volonté du créancier, et, par conséquent, excluent le pouvoir d'appréciation des juges.

Cependant il existe entre eux une différence notable. Le code allemand n'admet pas, comme le fait le code fédéral, le cumul de la résolution et des dommages-intérêts. Ses dispositions sont formelles à cet égard : « ... L'autre partie peut demander des dommages-intérêts pour inexécution *ou* résilier le contrat », dit l'art. 325. L'art. 326 est tout aussi explicite. La loi allemande offre au créancier deux modes de réparation : la résolution et l'indemnité. A lui de choisir. Chacun de ces modes doit lui suffire par lui-même [2].

Il ressort de cet exposé que la résolution pour cause d'inexécution est réglementée tout autrement par le code civil allemand que par le code civil français. Le premier, à la différence de l'autre, tout en admettant dans une large mesure la résolution pour cause d'inexécution de contrat, ne pose pas cependant le principe général de cette résolution. De plus il repousse le cumul de la résolution et de la réparation pécuniaire, mais, d'autre part, il subordonne exclusivement la résolution, dans les cas par lui prévus, à la volonté du créancier. Ajoutons que, pour des raisons économiques, dont la valeur n'est pas contestable, la résolution n'a d'effet que par rapport aux obligations ; elle ne touche pas aux transmissions de propriété ; en un mot, elle est personnelle, et non pas réelle [3]. On verra que, sous l'empire de notre code, il en est autrement.

On a reproché au système français de présenter quelque chose de brutal : pourquoi généraliser le droit de résolution, c'est-à-dire le droit de briser le contrat ? A cette critique il peut être répondu d'abord qu'au point de vue pratique, le système allemand — du moins si on l'envisage tel qu'il a été

[1] Les parties peuvent, d'ailleurs, sous l'empire du nouveau code civil allemand, se réserver expressément le droit de résolution. V. art. 346 s.

[2] V. aussi Saleilles, *op. cit.*, n. 192, p. 204-205.

[3] Saleilles, *op. et loc. cit.*

réglementé par le nouveau code civil — admet la résolution aussi facilement que le nôtre. Cela résulte bien de l'art. 326, al. 1er, de ce code. On peut ajouter que la résolution du droit français est judiciaire et que les tribunaux peuvent beaucoup atténuer l'inconvénient qu'on signale. Il est vrai que cette seconde réponse suggère une nouvelle critique : n'est-il pas regrettable d'imposer aux contractants les lenteurs et les frais d'une instance judiciaire?

Somme toute, le système allemand et par conséquent aussi le système suisse paraissent préférables au système français.

Passons à l'étude spéciale de notre législation. Nous traiterons, dans deux parties distinctes, du pacte commissoire exprès et du pacte commissoire tacite. C'est par celui-ci que nous commencerons.

A. *Du pacte commissoire tacite.*

901. Le pacte commissoire tacite est réglementé par l'art. **1184**, ainsi conçu : « *La condition résolutoire est toujours » sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le » cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son enga- » gement. — Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de » plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point » été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de » la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la » résolution avec dommages et intérêts. — La résolution doit » être demandée en justice, et il peut être accordé au défen- » deur un délai selon les circonstances* ». Dans cette matière nous ramènerons toutes nos explications aux quatre points suivants :

1° Du fondement du pacte commissoire tacite ; des contrats où ce pacte est sous-entendu ; des cas où la résolution peut être demandée en vertu de ce pacte ; 2° Du droit d'option conféré par l'art. 1184 ; 3° Comment opère le pacte commissoire tacite ; 4° Des effets de la résolution prononcée par application de l'art. 1184.

N° 1. *Du fondement du pacte commissoire tacite; des contrats où ce pacte est sous-entendu; des cas où la résolution peut être demandée en vertu de ce pacte.*

902. La loi, interprétant la volonté des parties qui font un contrat *synallagmatique,* suppose qu'elles sont tacitement convenues que, si l'une d'entre elles n'exécute pas son engagement, l'autre aura le droit de demander la résolution du contrat ; et elle déclare en conséquence que cette clause sera de plein droit sous-entendue dans le contrat. « Dans les contrats synallagmatiques, dit Bigot-Préameneu, chaque partie *n'est présumée s'être engagée que sous une condition résolutoire* dans le cas où l'autre partie ne satisferait point à cet engagement » (1). Tel est le pacte commissoire tacite. Il est fondé sur une considération d'équité : dans les contrats synallagmatiques, chacune des parties, en s'obligeant, a en vue l'avantage que lui procurera l'exécution de l'obligation de l'autre partie; cela posé, si l'un des contractants ne peut ou ne veut tenir son engagement, l'autre doit pouvoir demander la résolution de la convention, soit pour se dispenser d'exécuter elle-même l'engagement dont elle est tenue, soit, si elle l'a déjà exécuté, pour obtenir la restitution de ce qu'elle a payé.

903. Il résulte de ce qui précède que ce n'est pas au point de vue juridique qu'il faut se placer pour justifier la disposition de l'art. 1184. Sans doute dans la théorie du Code civil, en ce qui concerne les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties sert de cause à l'obligation de l'autre (2), et, par conséquent, si l'un des deux engagements corrélatifs fait défaut, l'autre est nul faute de cause. Mais, quoi qu'en disent certains auteurs, ce n'est pas par ce principe qu'on peut expliquer la disposition de l'art. 1184, al. 1. Du moment qu'une obligation a pris naissance de part et d'autre, celle de chacune des parties, dans le système du législateur, a une cause alors même que l'obligation corrélative n'est pas exécu-

(1) *Exposé des motifs,* Fenet, XIII, p. 244 ; Locré, XII, p. 342, n. 70, al. 1.

(2) Nous rappelons que, d'après nous, la théorie de la cause, telle que le législateur l'a conçue, est inutile et dangereuse. V. notre tome I, n. 321-327.

tée [1]. Ce qui le prouve à l'évidence, c'est que la partie qui a le droit de demander la résolution, peut, si elle le préfère, poursuivre l'exécution. Puisqu'elle est admise à prendre ce dernier parti, on ne saurait prétendre que sa propre obligation est inexistante faute de cause. La condition résolutoire de l'art. 1184 a été instituée en vue d'hypothèses où les obligations existent de part et d'autre, et où, par conséquent, ni l'une ni l'autre n'est dépourvue de cause. Seulement le législateur n'a pas voulu que la partie qui est injustement privée par l'autre du bénéfice du contrat soit tenue envers celle-ci de satisfaire à son engagement Comme l'a très bien dit la cour de cassation : « La résolution prononcée par l'art. 1184 est la consécration de cette règle d'équité qui ne permet pas de laisser un des contractants dans les liens du contrat dont l'autre partie ne lui fournirait pas l'équivalent » [2].

904. L'art. 1184 contient une interprétation législative de la volonté des parties contractantes ; en l'absence de ce texte, le pacte commissoire n'aurait pas pu être considéré comme sous-entendu dans la convention. Par sa nature même, cette disposition comporte donc l'interprétation restrictive.

Il convient d'autant plus d'accepter ce point de vue qu'en sous-entendant le pacte commissoire dans les contrats synallagmatiques, notre législateur a, d'après certains jurisconsultes, dépassé le but. Sa mesure, dit-on, est trop radicale, et, à l'appui de cette critique, on peut faire observer que le droit allemand, ainsi que nous l'avons dit, ne pose pas le principe général de la condition résolutoire tacite [3].

905. C'est donc à tort que certains auteurs considèrent

(1) Laurent, XVII, n. 122; Vigié, II, n. 1414, p. 639.

(2) Civ. rej., 29 nov. 1865, S., 66. 1. 21, D. P., 66. 1. 27. — V. dans le même sens Laurent, *loc. cit.;* Vigié, II, n. 1415, p. 640. — En sens contraire, Larombière, III, p. 82 (art. 1184, n. 1); Demolombe, XXV, n. 489. Ces deux derniers auteurs fondent la disposition de l'art. 1184 sur « la nécessité d'une cause ». On retrouve cette doctrine dans une décision récente de la cour suprême : « .. En effet, dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre et réciproquement, en sorte que, si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause ». Civ. cass., 14 avril 1891, S., 94, 1. 391, D. P., 91. 1. 329.

(3) V. *supra*, n. 900, p. 87 *in fine*.

l'art. 1184 comme applicable aux contrats unilatéraux à titre onéreux. La loi ne parle que des contrats synallagmatiques. Voilà qui est décisif.

On objecte que l'interprétation de toutes les conventions doit être dominée par les mêmes règles d'équité sans qu'il y ait à distinguer entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux. Cette considération n'est pas ici à sa place. L'article 1184 déroge aux principes. Or, d'après son texte même, sa disposition concerne exclusivement les contrats synallagmatiques. On ne peut donc pas en étendre l'application aux contrats unilatéraux. Raisonner autrement, c'est prétendre que l'interprète doit se préoccuper de l'équité au point de violer les textes de loi les plus formels.

On nous oppose la disposition de l'art. 1912, aux termes duquel : « Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat : 1° s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années ; 2° s'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat ». Voilà bien, dit-on, une application du principe de l'art. 1184 à un contrat unilatéral. Ce principe ne concerne donc pas exclusivement les contrats synallagmatiques. Mais, en réalité, l'art. 1912 n'a point la portée qu'on prétend. La vérité, c'est qu'il relève dans certain cas le crédi-rentier de sa renonciation à la faculté d'exiger le remboursement du capital [1]. Il vaut mieux sans doute, pour donner au langage scientifique une rigoureuse exactitude, ne pas dire que ce texte établit la déchéance du « terme illimité » accordé au débiteur de la rente pour le remboursement de celle-ci. Au point de vue philosophique (nous le reconnaissons volontiers) on ne conçoit pas un *terme illimité,* c'est-à-dire un « terme sans terme » [2]. Mais, sous le bénéfice de cette observation, qui tend simplement à exclure une expression impropre, nous dirons que l'art. 1612 établit une déchéance, et non pas une résolution. Si ce n'est pas la déchéance d'un terme, c'est, du moins, celle du droit de se prévaloir de la renonciation faite par le crédi-rentier. Cela

[1] Aubry et Rau, IV, p. 82, note 79.
[2] Huc, XI, n. 206, p. 270-273.

résulte d'abord de ce fait que, dans les deux cas prévus par l'art. 1912, le sort du contrat est le même. Or la seconde hypothèse, celle où le débiteur « manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat », présente évidemment la plus grande analogie, avec le cas où il y a déchéance du terme parce que le débiteur a, par son fait, « diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier » (1). Ajoutez l'argument résultant du lien qui existe entre la disposition de l'art. 1912 et celle de l'article suivant : « Le capital de la rente exigée en perpétuel, dit l'art. 1913, devient aussi exigible au cas de faillite ou de déconfiture du débiteur ». Or, dans cette dernière hypothèse, il nous paraît bien difficile de soutenir qu'il ne s'agit pas d'une déchéance (2). D'ailleurs la façon même dont le législateur s'exprime dans l'art. 1912 en disant que le débiteur de la rente « peut être contraint au

(1) Nous ferons remarquer à ce sujet que, d'après M. Huc lui-même, il convient d'ajouter « par argument tiré de l'art. 1188 » à l'hypothèse prévue par l'art. 1912, al. 2, celle où le débi-rentier diminue par son fait les sûretés déjà fournies, XI, n. 211, al. 1er, p. 277. — Quant à M. Pont, après avoir décidé que l'art. 1912-1° renferme une application du pacte commissoire tacite, il ajoute, en parlant du cas prévu par l'art. 1912-2° : « Ce n'est là que l'application à la constitution de rente d'une disposition consacrée en termes à peu près semblables et pour tous les contrats par l'art 1188. Il ne s'élève sur ce point aucune question spéciale au cas de rente.... » *Op. cit.*, I, n. 357. C'est aussi notre avis. Mais cette solution ne compromet-elle pas celle que le même auteur croit d'avoir adopter relativement à la disposition de l'art. 1912-1°?

(2) Cependant, pour être logiques, les auteurs d'après qui l'art. 1912 prévoit des cas de résolution, doivent soutenir qu'il en est de même de l'art. 1913. Et c'est bien ce que fait M. Huc : « Ces évènements (la faillite ou la déconfiture du débiteur), dit-il, qui, dans les contrats à terme, entraînent la déchéance du terme, opèrent comme condition résolutoire tacite dans le contrat de constitution de rente qui ne comporte pas de terme ». XI, p. 277 *in fine*. Mais nous ne voyons pas pourquoi cette circonstance qu'il n'y a pas terme exclurait la possibilité d'une déchéance et ne laisserait place que pour la résolution. — M. Pont reconnaît que l'art. 1913, comme l'art. 1912-2°, est une application de l'art. 1188 : « Ici encore, dit-il, nous trouvons la reproduction pure et simple, pour la constitution de rente, de la règle édictée par l'art. 1188 pour tous les contrats; nous n'avons donc pas à insister plus que dans le cas précédent ». *Op. cit.*, II, n. 358. Mais, nous le répétons, il nous paraît évident qu'il existe un lien soit entre le 1° et le 2° de l'art. 1912, soit entre ce texte et l'art. 1913. — Dira-t-on, avec M. Guillouard, « que l'art. 1188, et, par suite, l'art. 1912, § 2, et l'art. 1913 ne sont que des applications du principe de l'art. 1184? » — V. aussi Demolombe, XXV, n. 655. — Mais autre chose est la résolution, qu'il faut faire prononcer par justice, et autre chose la déchéance, qui a lieu de plein droit.

rachat », suppose bien une situation qui se produit de plein droit. Elle ne saurait donc se concilier avec l'idée d'une demande en résolution (1).

On objecte aussi la disposition de l'art. 2082 al. 1er. Il résulte de cette disposition que le débiteur peut, dès avant le paiement de la créance, réclamer la restitution du gage si le créancier commet, quant à celui-ci, des abus de jouissance. Ici encore, il y a déchéance et non pas résolution (2).

C'est de la même façon qu'on réfute l'argument que certains auteurs ont cru pouvoir puiser dans l'art. 618 (3).

Ainsi la plupart des objections qu'on formule contre notre système reposent sur une confusion (4).

Peu importe qu'il s'agisse de contrats que la majeure partie des auteurs qualifie de synallagmatiques imparfaits (5). La loi ignore cette dénomination et ne voit dans les contrats dont il s'agit que des contrats unilatéraux. Nous avons, d'ailleurs, déjà démontré que l'interprète ne doit pas admettre la distinction des contrats synallagmatiques parfaits et des contrats synallagmatiques imparfaits (6).

906. Si l'art. 1184 ne parle que des contrats synallagmatiques, il les vise, du moins, en termes généraux, et, par suite, il concerne, en principe, tous les contrats dont la formation fait naître des obligations réciproques et corrélatives (7).

Il est donc applicable aux ventes de meubles. Nulle part le législateur ne l'a déclaré étranger à ces conventions. De plus, au titre qui est le siège de la matière, il consacre, en ce

(1) Cpr. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt et du dépôt*, n. 991.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv. et hyp.*, I, n. 96 *in fine*.

(3) V. Aubry et Rau, IV, p. 82, note 79.

(4) *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 82, texte et note 79; Laurent, XVII, n. 123; Arntz, III, n. 106, al. 2, p. 57; Thiry, III, n. 8, al. 2, p. 13. — *Contra* Valette sur Proudhon, I, p. 65; Duvergier sur Toullier, *loc. cit.*; Demolombe, XXV, n. 492-494; Huc, VII, n. 267-268.

(5) *Sic* Laurent, n. 123, p. 138; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, IV, n. 206. — *Contra* Larombière, III, p. 86 (art. 1184, n. 3 et 4); Vigié, II, n. 1416, p. 640.

(6) V. notre tome Ier, n. 11.

(7) Sur l'application du principe de l'art. 1184 au contrat de vente (art. 1654), voir notamment Guillouard, *Vente*, II, n. 568-626; Baudry-Lacantinerie, *Préc. de dr. civ.*, III, n. 572-578. — Sur son application au contrat de louage (art. 1741), voir notamment Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, I, n. 1036-1051; Guillouard, *Louage*, I, n. 438-447.

qui concerne l'obligation de payer le prix, sans distinguer entre la vente mobilière et la vente immobilière, la règle écrite dans l'art. 1184. Art. 1654.

On a objecté que l'art. 2102-4° reconnaît, sous certaines conditions, au vendeur de meubles un droit de revendication, et que ce droit est inconciliable avec celui de demander la résolution du contrat, l'un supposant que le vendeur a encore la propriété, l'autre qu'il ne l'a plus.

Cette objection repose sur une idée inexacte. Ce n'est pas comme propriétaire que le vendeur revendique, mais comme créancier pourvu d'un droit de rétention. Il avait le droit de retenir la chose jusqu'au paiement du prix. Il a consenti sans doute à s'en dessaisir, mais sous une condition qui n'a pas été remplie, c'est-à-dire sous la condition que l'acheteur payerait son prix dans un avenir prochain. Ce paiement n'ayant pas eu lieu, il demande simplement d'être replacé dans la situation où il se trouvait avant la tradition (1).

On oppose encore l'art. 1657, qui porte que la vente d'effets mobiliers est résolue de plein droit et sans sommation si l'acheteur ne prend pas livraison. Cette disposition, dit-on, n'admet la résolution que dans un cas spécial, et, par conséquent, si l'acheteur a pris livraison, il n'y a plus lieu qu'à l'action en paiement de prix, et la résolution de la vente n'est plus possible. Mais de ce que l'art. 1657 accorde, dans une hypothèse spéciale, la résolution de plein droit, il ne s'ensuit point que l'action résolutoire soit écartée quant aux autres violations du contrat (2).

907. Il existe cependant quelques exceptions au principe de l'art. 1184. Le législateur en a formulé une dans l'art. 1978,

(1) *Sic* Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv. et hyp.*, I, n. 528 (on trouvera dans les n. 524-527 du même ouvrage la réfutation de deux autres systèmes).

(2) Pardessus, *Cours de dr. comm.*, II, n. 289; Troplong, *Vente*, II, n. 645; Duvergier, *Vente*, n. 436; Larombière, III, p. 142 (art. 1184, n. 42); Demolombe, XXV, n. 502; Aubry et Rau, IV, p. 399; Guillouard, *Vente*, II, n. 570. — Paris, 18 août 1829, S. chr., IX, 2. 324; 24 avril 1833, D. *Répert. alph.*, v° *Vente*, n. 1236-2°; Paris, 11 novembre 1837, et Rouen, 29 novembre 1837, S., 38. 2. 97; Lyon, 21 mars 1839, S., 39. 2. 423. — *Contra* Delvincourt, III, p. 157, n. 5; Duranton, XVI, n. 380; Coulon, *Quest. de droit*, I, p. 249, dial. 18.

ainsi conçu : « Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente (viagère) n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du capital ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné : il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages ».

A vrai dire, l'art. 1978 ne renferme pas, à l'égard de tous les contrats de rente viagère, une exception à la règle de l'art. 1184. Ces contrats constituent parfois des ventes et parfois des prêts. Dans la première hypothèse, ils sont synallagmatiques ; dans la seconde, unilatéraux. Quand ils ont ce dernier caractère, l'art. 1978 n'est que la confirmation du principe de droit commun. C'est donc seulement lorsque les contrats de rente viagère constituent des ventes qu'il y a exception à la disposition de l'art. 1184 (1).

Le motif de cette exception est le suivant: D'une part, en payant des arrérages supérieurs aux intérêts pendant une période de temps plus ou moins longue, le débi-rentier a acquis un droit à garder le capital quand la rente s'éteindra. Il serait injuste de le dépouiller de ce droit. D'ailleurs, les arrérages ne représentant pas simplement les intérêts, mais aussi le capital qui s'use peu à peu, le débi-rentier se trouve déjà avoir restitué celui-ci dans une certaine mesure, peut-être même intégralement, et, par suite, il ne pourrait être tenu de rembourser que le surplus, et en supposant encore qu'il n'ait pas déjà tout remboursé (2).

La disposition de l'art. 1978 s'applique exclusivement à la constitution de rente viagère faite dans un contrat à titre onéreux et présentant le caractère aléatoire. Cela résulte des motifs de cette disposition. Ainsi, quand la rente viagère a été stipulée comme condition d'une donation (3) ou lorsqu'elle

(1) Laurent, XXVII, n. 317, p. 354.

(2) Troplong, *Contr. aléatoir.*, n. 305-309 ; Duranton, XVIII, n. 168 ; Pont, *Petits contrats*, I, n. 749-750 ; Laurent, XXVII, n. 317, p. 355 *in fine ;* Guillouard, *Contr. aléat.*, n. 303-204.

(3) Duranton, XVIII, n. 543 ; Troplong, *Contrat aléatoire*, n. 312 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, n. 749, note 9, p. 32 ; Pont, *Petits contrats*, I, n. 751 ; Aubry et Rau, IV, p. 592 ; Demolombe, XX, n. 582 ; Laurent, XXVII, n. 318 ; Guillouard,

a été créée par un contrat commutatif [1], le crédi-rentier peut, au cas de non-paiement des arrérages, demander la résolution du contrat. Il la demandera en vertu de l'art. 952, s'il s'agit d'une donation, et en vertu de l'art. 1184, s'il s'agit d'un contrat à titre onéreux sans caractère aléatoire.

908. Les parties peuvent, d'ailleurs, par une clause expresse, convenir que le contrat sera résolu si le débi-rentier ne paie pas les arrérages ; en d'autres termes, elles peuvent, au moyen d'un pacte commissoire exprès, écarter l'application de l'art. 1978 [2]. Elles peuvent même stipuler que la résolution aura lieu de plein droit, avec ou sans sommation [3]. Quand elles usent de l'une de ces facultés, les arrérages sont dus jusqu'au jour de la résolution prononcée par les juges ou encourue de plein droit. Il en est ainsi alors même que la convention est muette sur ce point spécial [4].

909. On décide très généralement qu'il y a également exception à la disposition de l'art. 1184 en ce qui concerne le partage. La condition résolutoire tacite, dit-on, est fondée sur l'intention présumée des parties. Or la résolution d'un partage présenterait tant d'inconvénients qu'on ne peut pas raisonnablement supposer que les parties l'aient admise. Les obligations qu'engendrent les partages sont surtout relatives aux soultes ou retours de lot. Souvent, parmi de nombreux copartageants, quelques-uns seulement, parfois un seul, sont chargés de

Contrat aléatoire, n. 206; Huc, XI, n. 356; Poitiers, 6 janv. 1837, S., 37. 2. 261. — Caen, 21 avril 1841, S., 41. 2. 433. — Rouen, 26 août, 1846, S., 48. 2. 90; Pau, 6 août 1861, S., 62. 2. 467. — Nancy, 22 févr. 1867, S., 68. 2. 50, D. P., 67. 2. 102; Req., 6 déc. 1881, S., 84. 1. 19, D. P., 83. 1. 303.

(1) Troplong, *loc. cit.*, n. 313; Massé et Vergé, *loc. cit.*; Pont, *op. cit.*, I, n. 752; Laurent, XXVII, n. 319; Guillouard, *op. cit.*; Huc, *loc. cit.*; Bourges, 2 avril 1828, S. chr., IX, 2. 64; Douai, 15 juin 1846, S., 46. 2. 535; Civ. cass., 16 mars 1866, S., 66. 1. 349, D. P., 66. 1. 211.

(2) *Sic* Troplong, *op. cit.*, n. 310; Aubry et Rau, IV, p. 592, texte et note 22; Pont, *op. cit.*, I, n. 763-765; Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civ.*, III, n. 900 *bis*; Guillouard, *op. cit.*, n. 211; Huc, XI, n. 355. — La jurisprudence, représentée par de nombreux arrêts, est en ce sens. On la trouvera indiquée dans C. civ. ann. Fuzier-Herman, art. 1978, n. 12 s. — *Contra* Laurent, XXVII, n. 325.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 592 *in fine*, 593; Guillouard, *op. cit.*, n. 212; Huc, *loc. cit.*, Req., 26 mai 1868, S., 69. 1. 76; 9 juin 1869, S., 69. 1. 405.

(4) Aubry et Rau, IV, p. 593; Baudry-Lacantinerie, *op.* et *loc. cit.*; Guillouard, *op. cit.*, n. 213; Huc, *loc. cit.*

soultes au profit de quelques autres. La majorité d'entre eux sont absolument étrangers à ces clauses. Les intéressés n'entendent certainement pas que des opérations très compliquées soient résolues si des stipulations toutes particulières à certains d'entre eux ne sont pas exécutées (1).

On peut cependant formuler contre cette doctrine de graves objections (2).

910. La licitation, qui est, en principe, une vente, doit, suivant l'opinion générale, être assimilée au partage lorsqu'elle a lieu entre cohéritiers, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'elle est amiable (3) ou judiciaire (4). En conséquence, elle n'est pas régie alors par la disposition de l'art. **1184**. Cette remarque est, d'ailleurs, vraie d'une façon générale pour toutes les ventes et cessions qui servent à réaliser un partage.

911. On peut toutefois, d'après la même opinion, valablement convenir qu'un partage ou qu'un acte équivalent sera résoluble pour inexécution des obligations des parties, par exemple pour défaut de paiement d'une soulte ou d'un prix d'adjudication. Une stipulation de cette nature ne viole aucune disposition d'ordre public, et n'est point incompatible avec les caractères essentiels du partage (5).

(1) *Sic* Merlin, *Quest.*, v° *Résolut.*, § 6 ; Fouet de Conflans, art. 883, n. 3 ; Belost-Jolimont sur Chabot, art. 883, obs. 4 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, II, n. 790 ; Duranton, XVI, n. 483, 484 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Résolut.*, n. 18 ; Demante et Colmet de Santerre, III, n. 225 *bis*-IV ; Duvergier sur Toullier, II, 2e part., n. 562, note *a* ; Demangeat, *Rev. prat. du dr. fr.*, 1857, p. 271 s. ; Aubry et Rau, VI, p. 562 ; Demolombe, XVII, n. 308 ; Laurent, X, n. 412, 460 ; Vigié, II, n. 425 ; Guillouard, *Vente*, II, n. 735. — Metz, 23 déc. 1820, S., 21. 2. 338, D., *Rép. alph.*, v° *Success.*, n. 2094. — Req., 29 déc. 1829, D., 30. 1. 107, D., *Rép. alph.*, v° *Success.*, n. 2094. — Req., 9 mars 1832, S., 32. 1. 367, D., *Rép. alph.*, eod. v°, n. 2097. — Civ. cass., 14 mai 1833, S., 33. 1. 381, D., *Rép. alph.*, eod. v°, n. 2095. — Nancy, 27 juillet 1838, S., 38. 2. 370 ; D., *Répert. alph.*, v° *Success.*, n. 2096.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Success.*, III, n. 4401. — V. aussi Thémis, VII, p. 107 s. ; Coulon, *Quest. de dr.*, III, p. 127, dial. 104 ; Pau, 14 juin 1831, S., 32. 2. 153 ; D., *Répert. alph.*, v° *Vente*, n. 1255.

(3) Nancy, 27 juil. 1838, S., 38. 2. 370, D., *Rép. alph.*, v° *Success.*, n. 2094.

(4) Besançon, 25 juin 1828, S., 29. 2. 86, D., *Rép. alph.*, v° *Success.*, n. 2093. — Paris, 21 avril 1830, D., *ibid.*, et n. 2095. — Lyon, 8 fév. 1835, D., *ibid.* — Paris, 3 fév. 1853, D. P., 55. 2. 334.

(5) V. dans ce sens Rolland de Villargues, *op.* et *v° cit.*, n. 20 ; Belost-Jolimont sur Chabot, art. 883, obs. 4 ; Aubry et Rau, VI, p. 562 ; Demolombe, XVII, n. 310 ;

Mais cette clause doit être expresse. On ne peut pas l'induire de l'ensemble des conventions intervenues entre les copartageants. Elle constitue, en effet, une exception aux principes qui gouvernent le partage, et ne peut, par suite, résulter que de stipulations formelles [1].

912. L'inexécution partielle des obligations de l'un des contractants suffit-elle pour que l'autre puisse demander la résolution de la convention ?

La réponse qu'il faut faire à cette question dépend de l'interprétation de la volonté des parties contractantes. Si, vraisemblablement, le demandeur n'eût pas contracté dans l'hypothèse où il eût pu prévoir l'inaccomplissement de la partie des engagements qui n'est pas exécutée, le juge doit prononcer la résolution du contrat. Dans ce cas, en effet, il est logique d'admettre que les contractants ont voulu qu'à raison de cette inexécution partielle, la convention fût résoluble. Si, au contraire, l'opinion du juge est que la perspective de l'inaccomplissement dont il s'agit n'eût pas empêché le demandeur de contracter, il doit se borner à lui allouer des dommages-intérêts. Dans ce dernier cas, en effet, il ne peut pas supposer que le demandeur ait entendu, lors de la formation du contrat, pouvoir le faire résoudre à raison de l'inexécution dont il se plaint.

Cette théorie n'est pas simplement équitable. Elle est aussi très juridique. La disposition de l'art. 1184 repose sur l'intention présumée des parties. Il est logique d'en écarter l'application quand cette base fait défaut.

Au surplus, il est bon de rappeler ici que la disposition de l'art. 1184 a été empruntée à la tradition coutumière; or

Laurent, X, n. 460; Guillouard, *Vente*, II, n. 735 *in fine*. — Req., 4 août 1824, D., *Rép. alph.*, v° *Succ.*, n. 2099-2°. — Civ. cass., 6 janv. 1846, S., 46. 1. 120, D., 46. 1. 16. — Montpellier, 12 mai 1847, D., 47. 2. 158. — Bordeaux, 8 mai 1848 et 3 mars 1852, S., 52. 2. 423. — Nîmes, 30 août 1853, S., 54. 2. 368, D. P., 54. 5. 546. — Req., 12 août 1856, D. P., 57. 1. 8. — En sens contraire, Zachariæ, éd. Massé et Vergé, IV, p. 401 et note 15; Duvergier sur Toullier, II, 2e part., p. 359, n. 562, note *a*, et *Vente*, II, n. 144 s. — Rouen, 18 juin 1841, D., *Rép. alph.*, v° *Succ.*, n. 2098. — Cpr. Bordeaux, 22 mars 1834, S., 34. 2. 460.

[1] *Sic* Laurent, X, n. 461 *in fine*. — Nîmes, 30 août 1853, précité. — *Contra* Req., 12 août 1856, également précité.

Pothier, le représentant de cette tradition, résolvait notre question différemment suivant que la prévision de l'inexécution partielle eût empêché ou non le demandeur de contracter (1). Il est d'autant moins douteux que cette théorie soit également celle du législateur que nous en trouvons la consécration dans l'art. 1636, dont voici les termes : « Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente » (2).

La première fois que la cour suprême a été appelée à se prononcer sur la question, elle a cassé, comme violant la disposition de l'art. 1184, un arrêt de la cour de Lyon, qui avait refusé de prononcer la résolution d'un contrat de vente « sous le prétexte du peu d'importance des objets non délivrés » et qui avait « subtitué arbitrairement » à cette résolution des dommages-intérêts (3). Cette décision peut s'expliquer par les circonstances de l'espèce, telles qu'elles étaient constatées par le juge d'appel (4). Mais, en admettant qu'on puisse y voir un arrêt de principe, il est certain que la cour suprême n'a pas persisté dans cette jurisprudence, et même que la décision dont nous venons de parler est demeurée isolée.

A plusieurs reprises, dans la suite, la cour de cassation a déclaré que les tribunaux avaient un pouvoir souverain d'appréciation pour décider, d'après les circonstances de fait, si l'inexécution a assez d'importance pour entraîner la résolution, ou si elle n'est pas susceptible d'être réparée par une indemnité pécuniaire (5).

(1) Pothier, *Vente*, n. 145 et 476.

(2) Marcadé, IV, n. 557; Demolombe, XXV, n. 498-500; Laurent, XVII, n. 127; Marcel Planiol, note sous Civ. cass., 14 avril 1891, D. P., 91. 1. 329. — Cpr. Aubry et Rau, IV, p. 83.

(3) Civ. cass., 12 avril 1843, S., 43. 1. 281, D., *Rép. alph.*, v° *Vente*, n. 685-2°.

(4) Demolombe, XXV, n. 499.

(5) Civ. cass., 14 avril 1891, S., 94. 1. 391, D. P., 91. 1. 329. — Voyez dans le même sens Req., 5 janv. 1876, S., 76. 1. 104, D. P., 76. 1. 267. — Req., 11 avril 1888, S., 88. 1. 216, D. P., 89. 1. 248. — V. aussi Bordeaux, 5 mai 1893, *Journ. arr. de Bordeaux*, 93. 1. 224. — Dans un arrêt du 23 février 1898, la chambre des requêtes, posant à nouveau le principe, a décidé que, la condition tacite

AVOCAT - BARRISTER
HULL.

A plus forte raison la cour suprême a-t-elle pensé qu'il n'y a pas lieu de résoudre le contrat lorsque le demandeur n'a aucun intérêt à l'exécution des clauses dont il s'agit (1).

913. Dans le même ordre d'idées, la cour de cassation a établi, au point de vue de la résolution des conventions pour cause d'inexécution, une distinction très rationnelle entre les clauses principales et les clauses accessoires. Elle décide que la violation d'une de ces dernières clauses ne peut pas donner lieu à la résolution du contrat principal (2). Cette proposition a été formulée de nouveau et en assez bons termes par le tribunal civil de Laon, dans un jugement du 23 mars 1881 (3) : « L'article 1184, dit-il, ne sous-entend les conditions résolutoires qu'autant qu'il s'agit des engagements principaux de l'une des deux parties faisant commutation avec les engagements corrélatifs de celle qui conclut à la résolution, et... la résolution ne doit être prononcée qu'autant que l'une des parties ne fournit pas à l'autre l'équivalent de son engagement principal, comme par exemple le prix équivalent de la chose vendue ; mais..., quant à la violation d'un engagement accessoire, elle n'est pas un motif de résolution, mais seulement une cause de dommages-intérêts ».

Ces diverses décisions se concilient parfaitement avec la théorie que nous avons exposée. En effet, lorsque la partie des engagements du défendeur qui n'a pas été tenue est insignifiante, lorsque l'inaccomplissement porte seulement sur une clause accessoire, lorsque les obligations inexécutées ne présentent aucun intérêt pour le demandeur, il est naturel de

admise par l'art. 1184 n'opérant pas de plein droit, les juges ont « une certaine latitude pour apprécier les faits » et qu'en refusant, à raison des circonstances, de prononcer la résolution du contrat, ils ne font qu'un légitime usage de ce droit d'appréciation. Et la cour a fait de ce principe l'application suivante : Lorsque, dans un marché à livrer, le vendeur suspend les livraisons à la suite du refus de l'acheteur de payer le prix de la première, les juges peuvent, alors que le vendeur se déclare prêt à continuer les livraisons aux conditions du marché, ne pas prononcer la résolution au profit de l'acheteur, tout en condamnant d'ailleurs le vendeur à des dommages intérêts. S., 98. 1. 440, D. P., 98. 1. 159.

(1) Req. rej., 5 juin 1872, S., 73. 1. 156, D. P., 73. 1. 27.

(2) Civ. rej., 29 nov. 1865, S., 66. 1. 21, D. P., 66. 1. 27.

(3) Confirmé par adoption des motifs, Amiens, 3 août 1881, S., 82. 2. 130, D. P., 82. 2. 42. — V. aussi Paris, 21 avril 1896, S., 97. 2. 9.

croire que la perspective de cette inexécution n'eût pas empêché ce dernier de contracter; mais c'est assez dire que, pour apprécier la gravité de l'inaccomplissement partiel, les juges doivent se placer au point de vue du but que le demandeur poursuivait en contractant et de la détermination qu'il eût prise s'il avait pu prévoir cette inexécution. L'importance de celle-ci est donc essentiellement subjective.

914. La résolution peut-elle être demandée même quand l'inexécution d'une des obligations corrélatives provient, non pas de la faute du débiteur, mais d'un cas fortuit ou de force majeure ?

La plupart des auteurs qui se sont prononcés sur ce point répondent affirmativement (1), mais ils sont très brefs sur la question ; ils ne précisent point l'hypothèse et paraissent ne pas l'avoir aperçue nettement (2).

(1) Toutefois ils reconnaissent que, par application des principes généraux, le débiteur ne peut être condamné à des dommages-intérêts que lorsqu'il y a eu faute de sa part. Laurent, XVII, n. 134 s.

(2) MM. Aubry et Rau formulent à cet égard une simple affirmation : « L'application du pacte commissoire, disent-ils, est d'ailleurs indépendante des circonstances qui peuvent avoir empêché l'une des parties d'accomplir ses obligations ». IV, p. 83. M. Larombière et M. Demolombe déduisent leur solution du fondement qu'ils croient pouvoir assigner à la disposition de l'art. 1184 al. 1er. En d'autres termes ils la déduisent de la théorie de la cause dans les contrats synallagmatiques. « La résolution, dit le premier de ces auteurs, peut être poursuivie, alors même que l'inexécution provient d'un cas fortuit et de force majeure. L'art. 1184 ne pose, en effet, aucune distinction à cet égard ; et il ne devait en poser aucune. Car, du moment que l'on en rattache, par leur principe, les dispositions à la nécessité d'une cause dans la convention, il suffit que cette cause n'existe point, n'importe comment et pourquoi, pour que la condition résolutoire se réalise, à défaut d'exécution des engagements contractés ». Larombière, III, p. 92 (art. 1184, n. 6). — V. aussi Demolombe, XXV, n. 497. — Mais nous avons établi que la condition résolutoire tacite ne découle point de la théorie de la cause, et nous avons ainsi réfuté par avance la proposition qui sert de base au raisonnement de ces deux auteurs. V. *supra*, n. 903. — Pour M. Laurent, l'opinion formulée par les auteurs qui ont écrit avant lui est trop absolue : le juge ayant un pouvoir souverain d'appréciation quant aux circonstances à raison desquelles il accorde un délai peut, à ce point de vue, avoir égard précisément à la bonne foi du débiteur, à l'absence de toute faute de sa part. XVII, n. 124. En réalité, M. Laurent ne fait qu'adoucir la rigueur de la solution généralement admise. Cette circonstance que le juge pourra accorder un délai à raison du caractère fortuit des causes de l'inexécution suppose bien que, d'après M. Laurent, la résolution peut être demandée même quand le débiteur n'est pas en faute. — D'après M. Huc, il n'y a pas lieu de distinguer suivant que l'inexécution est imputable ou non au débiteur, « car il ne s'agit pas de résoudre

Quant à la jurisprudence, elle admet elle aussi que la résolution peut être demandée même quand l'inexécution est due à une cause fortuite [1].

Il nous semble indispensable de délimiter d'abord le domaine du problème.

S'il s'agit d'une obligation de donner et que le corps certain, objet de cette obligation, ait péri par cas fortuit, la question ne se pose pas. Le débiteur est libéré de ses obligations de conserver et de livrer la chose. Le créancier est néanmoins

une question de dommages, mais seulement une question de résolution parce que, en fait, il n'y a pas eu exécution du contrat; or l'art. 1184 n'a fait et ne devait faire aucune distinction à cet égard... ». VII, n. 270, p. 363. Mais peu importe qu'il ne s'agisse pas de *dommages !* S'ensuit-il que la résolution peut être prononcée même en l'absence de toute faute de la part du débiteur ? Nous pensons que M. Huc résout la question par la question. — Quant à M. Colmet de Santerre, il n'examine pas la difficulté.

[1] On trouve dans les recueils, sur la question qui nous occupe, plusieurs décisions, dont une, la première en date, de la cour de Pau, et cinq de la cour suprême. La décision de la cour de Pau, du 30 mars 1833, porte que la disposition de l'art. 1184 « autorise le créancier à demander la résolution du contrat, alors même que l'obligé se trouve, pour quelque cause que ce soit, dans l'impossibilité de remplir ses engagements », S., 33. 2. 551, D. P., 34. 2. 238, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1244. — Dans son arrêt de rejet du 3 août 1875, la chambre civile déclare que : « L'art. 1184 ne distingue point entre les causes d'inexécution des conventions et n'admet pas la force majeure comme faisant exception à la règle qu'il a consacrée », D. P., 75. 1. 409. — La même chambre, dans un arrêt également de rejet, du 20 mars 1877, s'exprime ainsi : « Bien que cette impossibilité provienne de la force majeure, la résolution du contrat n'en doit pas moins être prononcée, la force majeure ne faisant pas exception à la règle consacrée par l'art. 1184 C. civ. », D. P., 77. 5. 379 *in fine*. — La chambre des requêtes reproduit presque littéralement cette formule dans son arrêt du 30 avril 1878, S., 79. 1. 200, D. P., 78. 1. 349. — V. encore sa décision du 19 octobre 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 456. — Enfin la chambre civile, dans un arrêt du 14 avril 1891, cassant une décision de la cour de Bastia, du 12 juillet 1887, a suivi la doctrine de M. Larombière et de M. Demolombe : « Attendu, dit-elle, que cet article (l'art. 1184) ne distingue pas entre les causes d'inexécution des conventions et n'admet pas la force majeure comme faisant obstacle à la résolution, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement; qu'en effet, dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre et réciproquement, en sorte que, si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause », S., 94. 1. 391, D. P., 91. 1. 329. — Il a été cependant jugé que l'art. 1184 ne saurait « s'appliquer au cas ou le contrat a été exécuté en partie, et où des événements de force majeure ont empêché qu'il reçût sa complète exécution ». Req., 27 mars 1832, S., 32. 1. 290, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1246.

tenu, les risques étant à sa charge. Art. 1302 (1). Il ne saurait donc être admis à demander la résolution.

Supposons maintenant une obligation de faire née d'un contrat synallagmatique : si l'exécution a pour cause un empêchement définitif et non imputable au débiteur, ici encore la difficulté prévue ne peut pas se présenter. Dans cette hypothèse, il est vrai, la théorie des risques, telle qu'elle résulte de l'art. 1138, ne s'applique pas. Mais l'obligation de faire est éteinte, et l'obligation corrélative l'est également, par voie de conséquence (2). Comment y aurait-il place pour une demande en résolution (3)?

On ne conçoit donc guère notre question que si l'inexécution est la conséquence d'un empêchement passager : un peintre s'est engagé envers vous à faire un tableau. Puis, dans un accident, il est blessé au bras, et, par suite, il se trouve dans l'impossibilité de se servir de ses pinceaux pendant plusieurs mois. Toutefois il est certain qu'il guérira et que, après un temps plus ou moins long, il pourra se remettre à exercer son art. Son obligation n'est donc pas éteinte; mais, jusqu'à nouvel ordre, elle ne peut pas être exécutée. Pourrez-vous demander la résolution ?

Non, d'après nous. La clause résolutoire tacite a été envisagée par le législateur comme une garantie donnée au créancier contre le mauvais vouloir du débiteur. A ce point de vue il convient de la rapprocher de la clause pénale. Celle-ci ne s'applique pas lorsque l'inexécution ne provient pas de la faute du débiteur. C'est un point constant (4). Il en est de même de la chose résolutoire tacite. Ayant le même but que la clause pénale, elle cesse, comme cette dernière, de pou-

(1) V. notre t. I, n. 423.

(2) V. notre t. I, n. 445.

(3) Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation...*, n. 194, p. 207. — Cpr. Planiol, *Note*, sous l'arrêt précité du 14 avril 1891. — V. D. P., 91. 1, p. 329, col. 2 et p. 330. — Comme le fait remarquer très justement M. Planiol, l'anéantissement du contrat ne s'opère pas de la même façon au cas d'extinction d'une obligation de faire par un événement de force majeure et au cas de résolution. Cependant cet auteur ne nous paraît pas avoir aperçu toutes les faces de la question, car il ne prévoit pas l'hypothèse où l'empêchement résultant d'un cas de force majeure n'est que momentané.

(4) V. notre commentaire de l'art. 1229.

voir être invoquée, lorsque son application ne tendrait pas à atteindre ce but.

Au surplus le texte même de la loi prouve qu'elle a uniquement en vue l'inexécution imputable au débiteur. D'abord l'art. 1184 a été écrit « pour le cas où l'une des deux parties *ne satisfera point à son engagement* ». Ces expressions donnent à entendre que le débiteur est en faute, car on ne dit pas d'un contractant qui est empêché par un cas de force majeure d'exécuter son obligation, qu'il ne satisfait pas à son engagement. De plus l'art. 1184 déclare en termes absolus que le créancier peut « demander *la résolution avec dommages et intérêts* ». Il suppose donc qu'il y a toujours lieu à indemnité, et il suppose par conséquent aussi que l'inexécution est fautive, les dommages et intérêts ne pouvant être alloués que s'il y a faute (1).

Enfin, c'est le cas de rappeler le principe que nous avons posé au début de cette étude : la disposition de l'art. 1184, ayant un caractère exceptionnel, doit être interprétée restrictivement (2).

(1) Saleilles, *op. cit.*, n. 197, p. 211 ; Planiol, note précitée, D. P., 91. 1. 330, col. 1, *in princ.* ; Giorgi, *op. cit.*, II, n. 93 *bis*.

(2) M. Labbé s'est attaché à mettre en pleine lumière l'existence d'un lien entre la question des risques dans les contrats synallagmatiques et celle de la résolution de ces mêmes contrats pour exécution. D'une part, faut-il résoudre le premier de ces problèmes d'après la maxime *Res perit creditori* ou d'après la maxime *Res perit domino ?* D'autre part, en ce qui concerne la seconde difficulté, faut-il restreindre l'effet de la clause résolutoire tacite au cas d'inexécution fautive ou faut-il l'étendre au cas d'inexécution fortuite?

Si l'on tranche la question des risques d'après la maxime *Res perit domino*, la résolution peut être prononcée même quand il y a cas fortuit. Si, au contraire, on admet la survivance de la règle romaine *Res perit creditori*, on ne doit appliquer l'art. 1184 que si l'inexécution est imputable au débiteur, « car tout ce qui est fortuit, chance bonne ou mauvaise, regarde celui que le contrat a rendu créancier ». *Un mot sur la question des risques. Souvenirs de droit romain. A propos des art. 1138 et 1184 du Code civil, Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.*, XIIe année, 1888, p. 378 *in fine* et p. 379. M. Labbé démontre par des citations de textes que les Romains avaient parfaitement saisi l'existence du lien dont il parle (p 379 381), et il conclut en ces termes : « Décider, d'une part, qu'une personne ne court les risques de la perte d'une chose qu'elle s'est fait promettre à titre onéreux qu'après en avoir été rendue propriétaire — et empêcher, d'autre part, cette personne de répéter, de reprendre l'équivalent qu'elle aurait fourni pour avoir la chose dont la perte a prévenu la translation de propriété, ce serait tomber dans une contradiction radicale ».

« De même, en sens inverse, admettre que les risques de perte regardent déjà

N° 2. *Du droit d'option conféré par l'art. 1184.*

915. La partie envers laquelle l'engagement n'est pas rempli a un droit d'option : elle peut ou demander à l'autre partie l'exécution de ses obligations, ou poursuivre la résolution du contrat.

Elle a ainsi le choix entre deux actions qui ont des rôles absolument distincts. L'une tend à assurer à la partie qui l'exerce le bénéfice du contrat et à lui permettre par conséquent d'atteindre le but qu'elle s'est proposé en contractant. En fait on y aura naturellement recours toutes les fois qu'elle semblera susceptible de donner le résultat poursuivi par le

celui qui est devenu créancier, — et autoriser celui qui a payé un prix, fourni un équivalent pour devenir créancier, et qui l'est devenu, à se faire rendre ce prix par cela seul que la chose aurait péri fortuitement dans l'intervalle entre l'acquisition de la créance et l'acquisition de la propriété, ce serait se contredire et se démentir », p. 384.

Il résulte des remarques faites par M. Labbé qu'ayant résolu la question des risques d'après la maxime *Res perit creditori*, nous devons logiquement restreindre, comme nous le faisons, l'effet de la clause résolutoire tacite au cas où l'inexécution est imputable au débiteur. Nous échappons ainsi au reproche d'inconséquence que l'éminent professeur adresse à certains auteurs, notamment à M. Demolombe et à M. Laurent.

Toutefois nous tenons à faire des réserves en ce qui concerne la portée des observations formulées par M. Labbé. Sans doute les partisans de la règle *Res perit creditori* tombent dans une véritable contradiction s'ils décident que le créancier est admis, quand y a eu perte fortuite de la chose dans l'intervalle entre l'acquisition de la créance et celle de la propriété, à se faire rendre le prix par lui payé. Mais, en réalité, ceux qui se prononcent ainsi, adoptent pour la question même des risques la solution opposée à celle qui découle du principe par eux posé. En effet, quand on dit que les risques sont à la charge du créancier, cela signifie d'abord que, la chose venant à périr, le créancier ne doit pas moins en payer le prix. Mais cela signifie aussi, évidemment, qu'en pareille hypothèse, si le créancier a déjà payé le prix, il ne peut pas le répéter. Ce ne sont pas deux questions parallèles et dépendantes, comme paraît le dire M. Labbé ; c'est une seule et même question : la question des risques. Le débiteur du corps certain qui a péri par cas de force majeure a droit au prix par lui stipulé du créancier; qu'importe qu'il invoque ce droit pour obtenir le paiement du prix ou pour retenir celui-ci, au cas où il lui a déjà été payé ! Pas plus dans la seconde hypothèse que dans la première, il ne s'agit de savoir si l'art. 1184 est applicable.

Mais alors, en supposant admise la règle *Res perit creditori*, que faut il pour qu'on ait à se demander, au cas d'une obligation de donner ayant pour objet un corps certain, si la résolution peut être prononcée bien que l'inexécution soit fortuite? D'après nous, il faut que le débiteur soit, par suite d'un événement de force majeure, dans l'impossibilité passagère d'exécuter son obligation de faire la remise réelle de la chose.

contrat. L'autre action a une fonction bien différente : elle suppose que l'une des parties veut, à défaut d'exécution, se faire dégager des liens de la convention. Logiquement, il n'y a pas lieu d'intenter cette seconde action quand l'exécution forcée est possible. Mais il ne s'ensuit point que les juges doivent, par cela seul que le demandeur n'établit pas que l'exécution forcée est impossible, déclarer cette action mal fondée. Cette proposition serait condamnée par le texte même de l'art. 1184 : arg. de ces mots *a le choix*.

916. Rien ne s'oppose à ce que la partie envers laquelle l'obligation n'est pas exécutée renonce à l'action en résolution, car c'est exclusivement dans son intérêt que cette action a été introduite. Cette renonciation est régie par le droit commun. Elle peut donc être tacite, mais il faut pour cela que les faits d'où on l'induit la supposent nécessairement ([1]).

917. Doit-on être considéré comme renonçant au droit de demander la résolution du contrat par cela seul qu'on en demande l'exécution? L'hésitation qui s'est produite sur ce point vient de ce que, à Rome, en demandant l'exécution, on renonçait à se prévaloir du pacte commissoire. Mais, d'après nous, la question ne peut pas faire doute. Le fait de demander l'exécution n'implique nullement une renonciation à la condition résolutoire tacite. Celle-ci, nous l'avons dit, a un caractère subsidiaire. Son utilité n'apparaît que lorsque la partie qui l'invoque ne peut pas faire exécuter le contrat. Comment donc le fait qu'il a essayé d'abord d'obtenir l'exécution rendrait-il le créancier non recevable à faire prononcer la résolution? Si l'on tient absolument à faire intervenir ici l'idée de renonciation, tout ce que l'on peut dire, c'est qu'en demandant d'abord l'exécution du contrat, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été tenu a renoncé à faire prononcer la résolution si le contrat était exécuté à son profit ; cette renonciation était donc conditionnelle, et l'autre partie ne peut pas l'opposer puisque la condition ne s'est pas réalisée ([2]).

([1]) Larombière, III, p. 208 (art. 1184, n. 95) ; Demolombe, XXV, n. 526 528 ; Laurent, XVII, n. 137-138 ; Huc, VII, n. 280, p. 376. — Bordeaux, 11 juil. 1832, D., *Rép. alph.*, v° *Rentes constituées*, n. 181-2°. — Civ. cass., 20 août 1833, S., 33. 1. 743, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 1227.

([2]) Dans ce sens, V. Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Option*, § 1, n. 1, 2 et 6, *Répert.*,

918. La question inverse se pose également. Après avoir demandé la résolution du contrat, peut-on poursuivre son exécution ? Cette question est plus discutée que la précédente. Nous ne croyons pas cependant qu'elle puisse faire l'objet d'un doute plus sérieux. Ici encore nous n'admettons pas qu'il y ait renonciation au droit d'employer l'autre action. Si la partie envers laquelle l'engagement n'est pas tenu demande la résolution, ce n'est point certes parce qu'elle ne veut pas l'exécution du contrat, c'est parce qu'elle ne croit pas pouvoir l'obtenir. Souvent même elle n'intente l'action en résolution que dans l'espoir de contraindre moralement l'autre partie à remplir son engagement pour ne pas être privée des avantages que le contrat lui procure. Si donc la partie qui a demandé la résolution estime, dans la suite, contrairement à ce qu'elle a cru d'abord, qu'elle peut réussir en demandant directement l'exécution, rien ne l'empêche de former cette dernière action (1), en supposant toutefois, bien entendu, que le défendeur n'ait pas acquiescé à la demande en résolution et que le tribunal n'y ait pas encore fait droit (2).

919. Mais il se peut que la partie envers laquelle l'engagement n'est pas rempli se trouve en présence d'un sous-acquéreur qui tient ses droits de l'autre partie. C'est ce qui arrivera, en cas de vente, lorsque l'acheteur a aliéné à son tour l'objet vendu. Supposons que le vendeur originaire ait demandé contre le sous-acquéreur le paiement du prix qui lui a été promis. Supposons, par exemple, qu'il ait produit à l'ordre ouvert sur le prix dû par le sous-acquéreur. Pourra-t-il ensuite, s'il n'obtient pas ainsi un paiement intégral, faire

v° *Résolution;* Troplong, *Vente*, II, n. 656, *Priv. et hyp.*, I, n. 224 *bis ;* Duvergier, *Vente*, I, n. 664 ; Larombière, III, p. 209 (art. 1184, n. 96) ; Colmet de Santerre, V, n. 104 *bis*-II ; Demolombe, XXV, n. 530 ; Laurent, XVII, n. 139 ; Vigié, II, n. 1418 ; Huc, VII, n. 270, p. 364 *in fine*. — *Contra* Grenier, *Priv. et hyp.*, n. 379 ; Pothier se prononçait aussi dans ce dernier sens, *Vente*, n. 329. — Le code civil espagnol de 1889 règle la question en ces termes : « Elle (la partie lésée) pourra en ce cas demander la résolution après avoir demandé l'exécution, si elle est devenue impossible ». Art. 1124, al. 2 *in fine*. — Même sol. dans C. civ. mexicain, art. 1250.

(1) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 104 *bis*-II ; Demolombe, XXV, n. 531 ; Larombière, III, p. 210 (art. 1184, n. 96) ; Laurent, XVII, n. 139, p. 154 ; Vigié, II, n. 1419, p. 641 ; Huc, VII, n. 270, p. 364, *in fine*. — *Contra* Massé, *Dr. comm.*, III, n. 1841.

(2) Colmet de Santerre et Vigié, *loc. cit.;* Demolombe, XXV, n. 532.

résoudre la première vente ? Rappelons d'abord que lorsque le sous-acquéreur est propriétaire pour s'être rendu adjudicataire à la suite d'une saisie immobilière, la question ne peut pas naître aujourd'hui puisque le vendeur originaire doit notifier avant l'adjudication sa demande en résolution au greffe du tribunal devant lequel l'expropriation est poursuivie (1). Mais, en dehors de cette hypothèse, comment faut-il résoudre la difficulté ? La circonstance que le vendeur originaire s'est adressé au sous-acquéreur pour le paiement du prix, ne doit pas, à notre avis, faire modifier la solution. Elle n'implique pas, quoi qu'on ait pu dire à cet égard, que le vendeur s'engage à ne pas faire tomber la nouvelle aliénation. En agissant ainsi, il a simplement manifesté sa volonté d'être payé, sauf, s'il ne pouvait pas obtenir satisfaction sur ce point, à demander la résolution contre l'acquéreur primitif. Au surplus, il ne tenait qu'au sous-acquéreur d'être renseigné sur la situation de son auteur vis-à-vis du précédent vendeur. Il est donc inexcusable s'il a cru que l'acquéreur primitif pouvait lui transmettre un droit irrésoluble (2).

920. Si la partie envers laquelle l'obligation n'a pas été remplie demande la résolution du contrat, elle peut réclamer en outre des dommages-intérêts. C'est un point sur lequel nous reviendrons. Or elle peut également en réclamer au cas où elle préfère poursuivre l'exécution. Il en est ainsi, du moins, quand le retard apporté à celle-ci lui cause un préjudice. Cette décision n'a jamais fait difficulté (3).

(1) V. *infra*, n. 949.

(2) Voyez dans ce sens Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Option*, § 1, n. 6; Toullier, X, n. 193; Larombière, III, p. 211 (art. 1184, n. 97); Demolombe, XXIV, n. 535; Laurent, n. 140; Guillouard, *Vente*, II, n. 605, al. 2 et s. — Bordeaux, 29 mai 1835, S., 36. 2. 58, D., *Rép. alph.*, v° *Vente*, n. 1355-2° — Paris, 12 août 1835, S., 36. 2. 272; D., *op.* et *v° cit.*, n. 1334-3°. — Req., 16 mai 1840, S., 40. 1. 321; D., *op.* et *v° cit.*, n. 1342-2°. — Poitiers, 13 mai 1846, S., 47. 2. 416. — Req., 11 déc. 1855, S., 57. 1. 60, D. P., 56. 1. 256. — Cpr. req., 5 nov. 1873, D. P., 74. 1. 373. — Mais en sens contraire V. Troplong, *Priv. et hyp.*, I, n. 225; *Vente*, II, n, 659; Duvergier, *Vente*, I, n. 647. — Req., 16 juil. 1818, S. chr., V, 1. 504, col. 3; 2 juin 1824, S. chr., VII, 1. 472, col. 3. — Le fait par le vendeur d'un immeuble de notifier au tiers acquéreur d'avoir à payer ou à délaisser, ne doit pas faire présumer qu'il a renoncé à son action résolutoire. Bordeaux, 28 déc. 1886, D. P., 87. 2. 165.

(3) V. notamment Laurent, XVII, n. 155; Huc, VII, n. 278, p. 374, *in fine*. — Solut. expresse dans C. civ. ital., art. 1165, al. 2; C. civ. esp., art. 1124, al. 2.

N° 3. *Comment opère le pacte commissoire tacite.*

921. Déterminons les principaux traits caractéristiques de la résolution qui nous occupe.

1° La résolution, qui a sa source dans le pacte commissoire tacite, ne s'opère pas de plein droit, parce qu'autrement elle serait imposée à la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté ; or c'est seulement une faveur que la loi entend accorder à cette partie, et celle-ci est libre de ne pas user de cette faveur : elle peut, si elle le préfère (son intérêt le demandera souvent), exiger par les voies de droit l'exécution du contrat. La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, a donc une option à exercer : ce qui exclut la possibilité d'une résolution s'opérant de plein droit. La solution contraire aurait conduit d'ailleurs à ce résultat inadmissible que l'une des parties aurait pu par sa seule volonté résoudre le contrat en refusant de l'exécuter [1].

922. Toutefois l'art. 1657 apporte une exception à notre principe : « En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement ». Ainsi, dans le cas prévu, la vente est résolue de plein droit, mais seulement au profit du vendeur, et, par conséquent, ce dernier peut, s'il le préfère, exiger l'exécution du contrat. Ici la résolution de plein droit s'explique par les besoins du commerce. Il importe que les marchandises circulent avec toute facilité. Il faut que, dès l'expiration du délai fixé pour le retirement, le vendeur puisse consentir une autre vente de ses marchandises, si elles n'ont pas été retirées dans ce délai. La plupart du temps le local où elles se trouvent lui est nécessaire pour loger de nouvelles marchandises, qu'il se propose d'acheter ou peut-être même qu'il a déjà achetées pour alimenter son commerce. De plus, les denrées et effets mobiliers, à raison des grandes variations qui se produisent dans leur prix, ne peuvent pas toujours être vendus aussi avantageusement, et, par suite,

[1] Cpr. Laurent, XVII, n. 129.

le retard apporté à la circulation de ces marchandises peut causer un préjudice considérable ([1]).

Mais l'art. 1657 n'est applicable que s'il y a « un terme *convenu* pour le retirement ». Au cas où la convention ne renferme pas de clause de cette nature, le fait que le vendeur mettrait l'acheteur en demeure de prendre livraison ne pourrait pas suppléer au silence du contrat. La loi exige, en effet, que la fixation du terme soit le résultat de l'accord des parties. Il ne suffit donc pas qu'un délai soit déterminé par la seule volonté du vendeur ([2]).

Toutefois l'art. 1657 est applicable non seulement lorsque le contrat porte expressément un terme pour le retirement des marchandises vendues, mais aussi lorsque, dans le pays où le contrat a été fait, il existe un usage d'après lequel ce retirement doit avoir lieu dans un certain délai. Dans ce dernier cas on admet qu'il y a convention tacite, les parties étant réputées s'être référées à cet usage ([3]).

Nonobstant certaines déclarations faites dans la discussion au Conseil d'Etat, il faut décider que la disposition de l'art. 1657 est applicable en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile. C'est même surtout au point de vue du commerce que cette disposition a sa raison d'être. La jurisprudence est dans ce sens ([4]). La doctrine est divisée ([5]).

([1]) V. notamment Colmet de Santerre, VII, n. 102 *bis;* Laurent, XXIV, n. 312; Baudry-Lacantinerie, *Pr. de dr. civ.*, III, n. 579; Guillouard, *Vente*, II, n. 630.

([2]) *Sic* Duranton, XVI, n. 383; Marcadé, VI, sous l'art. 1657, II; Larombière, III, p. 147 (art. 1184, n. 50); Aubry et Rau, IV, p. 393, note 3; Demolombe, XXV, n. 545; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 632; Huc, X, n. 173, p. 238. — Civ. rej., 17 déc. 1879, S., 80. 1. 217, D. P., 80. 1. 133. — Req., 14 avril 1886, S., 90. 1. 438. — Contra Troplong, *Vente*, n. 679; Duvergier, *Vente*, I, n. 474.

([3]) Demolombe, XXV, n. 544 et les auteurs par lui cités. — *Adde* Laurent, XXIV, n. 315; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 633; Huc, X, n. 173 et 238.

([4]) V. C. civ., Fuzier Herman, art. 1657, n. 4-5. — *Adde* Req., 11 juil. 1882, S., 82. 1. 472, D. P., 83. 1. 304.

([5]) Dans le sens de la jurisprudence, Duranton, XVI, n. 380; Troplong, *Vente*, II, n. 680; Laurent, XXIV, n. 312 *bis;* Massé, *Dr. comm.*, III, n. 1837; Larombière, III, p. 148 (art. 1184, n. 49); Guillouard, *op. cit.*, II, n. 637; Thiry, III, n. 595, p. 604; Huc, X, n. 173, p. 238; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, III, n. 121. — *Contra* Pardessus, *Dr. comm.*, II, n. 288; Duvergier, *Vente*, I, n. 475; Alauzet, *Comm. du C. com.*, III, n. 1170 s.; Bédarride, *Des achats et des ventes*, n. 305 s.; Delamarre et Le Poitevin, *Contr. de comm.*, IV, n. 244 s.; Aubry et Rau, IV, p. 395, note 5.

De même l'art. 1657, visant d'une façon générale la vente « d'effets mobiliers », s'applique à la vente d'effets publics, valeurs industrielles ou autres [1].

923. 2° La résolution doit être demandée en justice ; il ne suffirait donc pas que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, manifestât à l'autre par acte extrajudiciaire sa volonté de résoudre le contrat [2]. Il est facile de justifier cette décision : l'inexécution de l'obligation ne donne pas au créancier un droit absolu à la résolution. Celle-ci dépend des circonstances. Or c'est aux juges qu'il appartient de les apprécier [3].

Toutefois, comme nous l'avons déjà dit, le système allemand est différent : il admet la résolution volontaire, en ce sens que la résolution a lieu dès que le créancier opte pour elle. Ce système se justifie par une considération pratique, c'est-à-dire par le désir d'épargner aux contractants des frais de justice. La même solution a été consacrée par le Code fédéral des obligations. D'ailleurs, d'une façon générale, les auteurs de ces deux codes, pour la raison que nous venons d'indiquer, se sont appliqués à écarter autant que possible la nécessité de l'intervention des tribunaux.

924. Quel est l'office du juge saisi de la demande en résolution ? La loi en fait à un certain point de vue un ministre d'équité : ce qui est tout naturel, puisque c'est une considération d'équité qui a fait admettre la résolution sur laquelle il est appelé à statuer. Le juge est autorisé à accorder au défendeur un délai *suivant les circonstances,* expressions

(1) Laurent, XXIV, n. 314 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 638.

(2) Trib. civ. de la Seine, 17 déc. 1898, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 12. — En l'absence d'une clause expresse stipulant que, faute de paiement des primes à l'échéance, une assurance sera résiliée de plein droit, la résolution à raison du retard dans le paiement des primes doit être demandée en justice. Civ. cass., 24 novembre 1875, S., 76. 1. 466, D. P., 76. 1. 363. — La cour suprême a prétendu faire une application du principe dans Req., 1er déc. 1897, S., 99. 1. 174, D. P., 98. 1. 289. Mais cette application est sujette à critique. V. Charmont, *Examen doctrinal, Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, nouv. série, XXVIII, 1899, p. 65 ; Planiol, note dans Dalloz, sous l'arrêt précité.

(3) V. en ce qui concerne le *laisser pour compte*, Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, III, n. 31 et 31 *bis ;* Saleilles, *Du refus de paiement pour inexécution de contrat,* n. 94.

qui lui confèrent un pouvoir d'appréciation souverain relativement à la concession du délai [1].

925. Mais là se borne la latitude qui lui est accordée. Si le débiteur laisse passer le délai de grâce qui lui a été concédé, sans exécuter son engagement, le juge saisi par une nouvelle demande, doit nécessairement prononcer la résolution. Arg. art. 1655 *in fine* [2].

926. Dans la pratique, le juge, lorsqu'il use de la faculté que lui donne notre article d'accorder un délai de grâce au défendeur, prononce souvent par le même jugement la résolution du contrat pour le cas où le défendeur n'exécuterait pas son engagement dans le délai fixé. Il épargne ainsi au créancier la nécessité de former à l'expiration du délai une nouvelle demande pour faire prononcer la résolution [3].

927. La résolution ne se produisant que par l'effet de la décision judiciaire, la convention subsiste tant que cette déci-

(1) Larombière, III, p. 144 (art. 1184, n. 47) ; Demolombe, XXV, n. 514 ; Laurent, XVII, n. 133 *in fine*, p. 150. « Le délai qu'il est permis aux juges d'accorder au débiteur pour exécuter l'acte avant que la résolution soit acquise, a dit le tribun Favard, est *fondé sur l'humanité*... . On donne aux juges un droit précieux puisqu'il tend à venir au secours de celui que des *circonstances malheureuses* ont empêché de remplir à jour fixe les engagements qu'il a contractés ». Fenet, XIII, p. 327 ; Locré, XII, p. 439, n. 61. Il ne faut pas s'autoriser de ces paroles du tribun Favard pour limiter le pouvoir des juges. Ce pouvoir est souverain. Alors même que le débiteur est en situation d'acquitter toutes ses dettes, les juges ont le droit de lui accorder un délai, si, à leurs yeux, l'équité l'exige — V. Bordeaux, 8 août 1829, D., *Rép. alph.*, v° *Vente*, n. 688. — Jugé que le traité passé entre un éditeur et l'auteur d'un ouvrage littéraire, par lequel cet auteur s'est engagé à fournir le manuscrit à l'éditeur dans un délai convenu, ne doit par être résilié sur la demande de l'éditeur par cela seul que l'auteur a été en retard pour la remise de certaines parties du manuscrit, quand la cause unique du retard a été l'amélioration louable apportée par l'auteur à son œuvre en vue d'obtenir un succès légitime et de satisfaire les souscripteurs. Rennes, 24 juil. 1858, S., 59. 2. 427, D. P., 59. 2. 170. — Est-il besoin de dire qu'en dehors de la faculté d'accorder un délai au débiteur, les juges ne peuvent pas s'autoriser de la disposition de l'art. 1184 pour substituer aux stipulations du contrat des dispositions arbitraires, fussent-elles manifestement équitables ? Les obligations résultant de la convention constituent le lien de droit créé par la volonté commune des parties, et, en conséquence, elles ne peuvent être modifiées que par cette volonté. Ainsi la condition résolutoire tacite ne confère au demandeur que le droit d'opter entre l'exécution et la résolution. Besançon, 11 janv. 1865, D. P., 65. 2. 20.

(2) Cpr. Larombière, III, p. 145 (art. 1184, n. 48).

(3) Larombière, III, p. 146 (art. 1184, n. 49) ; Demolombe, XXV, n. 511 *in fine* ; Laurent, XVII, n. 134.

sion n'a pas été rendue. Aussi, pendant toute la durée de l'instance, le défendeur est-il à temps d'éviter la résolution en exécutant l'obligation [1].

Et même, comme la résolution ne devient irrévocable que lorsque la sentence judiciaire qui la prononce a acquis l'autorité définitive de la chose jugée, le débiteur pourra souvent y échapper en payant après l'expiration du délai de grâce qui lui aura été concédé. Ainsi le juge, en accordant au défendeur un délai d'un mois, a prononcé la résolution du contrat pour le cas où il n'aurait pas satisfait à son engagement dans ce délai; le mois expiré, le défendeur interjette appel. Tout est remis en question, et le défendeur peut, par conséquent, payer encore utilement [2].

928. La cour de cassation a posé en principe que « dans le cas de résolution prévue par l'art. 1184, la constatation d'une mise en demeure n'est pas la condition essentielle de l'allocation des dommages-intérêts autorisée par la loi » [3]. La vérité c'est qu'ici la mise en demeure résulte du fait même de la demande en résolution. Ainsi la proposition formulée par la cour suprême doit être entendue en ce sens qu'il n'est pas besoin pour le créancier de faire signifier un acte extrajudiciaire au débiteur préalablement à la formation de la demande. Cela se comprend : d'après les principes généraux, la mise en demeure s'opère soit par une sommation, soit par un commandement, soit, à plus forte raison, par une citation en conciliation ou assignation en justice [4].

[1] La Haute-Cour des Pays-Bas, par un arrêt du 14 décembre 1893, a décidé que, si, dans les contrats synallagmatiques, au cas d'inexécution de son obligation par l'une des parties, la résolution doit être demandée en justice, c'est seulement parce que la décision judiciaire est exigée pour constater l'accomplissement de la condition résolutoire; que l'inexécution et la mise en demeure par une sommation de la partie qui est en faute engendrent au profit de l'autre un *droit acquis* à la résolution, et que la partie mise en demeure ne saurait anéantir ce droit par l'exécution ultérieure de son obligation, S., 94. 4. 29, D. P., 95. 2. 362 Cette décision est contraire à la solution généralement admise par la doctrine et par la jurisprudence.— V. cependant Req., 23 avril 1856, D. P., 56. 1. 246.

[2] Larombière, III, p. 144 (art. 1184, n. 46) ; Demolombe, XXV, n. 517; Laurent, XVII, n. 135.

[3] Req., 29 nov. 1882, S., 84. 1. 311, D. P., 83. 1. 376. — Cpr. Req., 22 mai 1855, D. P., 56. 1. 171 ; Civ. cass., 15 nov. 1887, S., 88. 1. 171.

[4] *Sic* Larombière, III, p. 143 (art. 1184, n. 44); Huc, VII, n. 278, p. 374. — *Adde*

929. 3° La partie qui demande la résolution en vertu de l'art. **1184** a le droit de réclamer en outre des dommages et intérêts (1). En effet la résolution peut tout au plus replacer le demandeur dans la situation où il se trouverait s'il n'avait pas contracté ; or cela ne suffit pas ; il a droit aussi à la réparation du préjudice que lui cause l'inexécution du contrat, puisqu'il subit ce préjudice par la faute de l'autre partie. Il obtiendra cette réparation sous forme de dommages et intérêts. Rappelons à ce sujet que le code civil allemand n'accorde pas cumulativement la résolution et l'indemnité pécuniaire (2).

930. Il résulte des explications qui précèdent qu'il existe d'importantes différences entre la condition résolutoire expresse et la condition résolutoire de l'art. **1184** ou pacte commissoire tacite :

1° La résolution produite par la condition expresse s'opère de plein droit, dès que la condition est réalisée ; au contraire, la résolution qui a sa source dans le pacte commissoire tacite ne peut résulter que d'une décision judiciaire qui la prononce ; le juge à qui elle est demandée, peut d'ailleurs

Guillouard, *Louage*, I, n. 439 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, I, n. 1045, texte et note. — Cpr. Charmont, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, nouv. sér., XXVIII, 1899, p. 67 ; Laurent, XVII, n. 132, p. 148.

(1) Les juges qui, en prononçant la résolution d'un contrat pour inexécution des obligations de l'une des parties, admettent le principe d'une indemnité due par cette partie en réparation de la faute par elle commise, *doivent tenir compte de tous les événements qui, étant de nature à influer sur le chiffre de cette indemnité, se sont produits avant le moment où la résolution a été prononcée.* — Civ. cass., 4 mai 1898, S., 98. 1. 281, D. P., 98. 1. 457. — Cette proposition, formulée par la Cour suprême, ne peut souffrir aucune difficulté. — Le tribunal supérieur de Cologne, dans une décision du 18 décembre 1896, fait, à propos de l'application de l'art. 1184, la distinction suivante : « Le demandeur en résolution ne peut réclamer que la réparation du préjudice que lui avait causé l'exécution de ses propres obligations ; il ne peut réclamer en outre une indemnité représentant les avantages que lui aurait procurés le maintien de la convention, puisqu'il renonce lui-même à ce maintien ». S., 99. 4. 6. Cette distinction n'est pas juridique. Les règles posées par les art. 1149 s., relativement au calcul des dommages-intérêts ne sont pas particulières au cas d'exécution forcée. Ce sont des règles générales. Et il n'est pas douteux que l'art. 1184 s'y réfère, puisqu'il ne dit pas de quelle façon, dans le cas par lui prévu, les dommages-intérêts doivent être calculés. Ainsi, quand la résolution est prononcée en vertu de l'art. 1184, les dommages-intérêts alloués au demandeur doivent être, aux termes de l'art. 1149, « *de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé.* »

(2) V. *supra*, n. 900, p. 87.

accorder un délai de grâce au défendeur pour exécuter son engagement.

2° La résolution fondée sur le pacte commissoire tacite est subordonnée à la volonté de la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté; cette partie seule peut la demander; libre à elle, si elle le préfère, d'y renoncer et d'exiger l'exécution du contrat. Rien de pareil n'a lieu dans la condition résolutoire expresse; son accomplissement dépend de la réalisation de l'événement qui a été prévu par les contractants; aussitôt que cet événement est réalisé, la convention est résolue de plein droit, et tout intéressé peut se prévaloir de la résolution.

3° La résolution résultant d'une condition résolutoire expresse ne peut jamais donner lieu à des dommages et intérêts au profit de celle des parties à laquelle elle préjudicie, car elle est une loi du contrat; elle ne peut être imputée à faute à aucune d'entre elles, puisqu'elle se produit en vertu de leur volonté commune. Au contraire, la résolution qui a sa source dans l'art. 1184, peut être accompagnée d'une condamnation à des dommages et intérêts qui en forment l'appoint [1].

931. L'action en résolution, dérivant du pacte commissoire tacite, dure trente ans contre l'acquéreur. Arg. art. 2262. On ne saurait lui appliquer la prescription décennale établie par l'art. 1304. Cette prescription est particulière aux actions en nullité ou en rescision, c'est-à-dire à des actions qui sont fondées sur l'existence d'un vice dont la convention a été entachée dès son origine. Or tel n'est pas le cas de l'action qui a sa base dans la disposition de l'art. 1184, al. 1. C'est une action en résolution. Elle suppose essentiellement la validité du contrat, et, si elle tend à empêcher celui-ci de produire ses effets, c'est à raison de la condition résolutoire qui s'y trouvait sous-entendue [2].

932. Quant à l'action en revendication contre les tiers détenteurs, elle peut être utilement formée tant que la pres-

(1) V. aussi *infrà*, n. 937.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 105 *bis*-V; Demolombe, XXV, n. 561-562; Laurent, XVII, n. 150; Huc, VII, n. 280, p. 377.

cription acquisitive ou usucapion ne s'est pas accomplie à leur profit; elle s'accomplirait, d'ailleurs, suivant les règles du droit commun, par trente ans de possession, ou, dans l'hypothèse prévue par l'art. 2265, par dix à vingt ans [1].

Sur ce dernier point, nous devons faire une remarque. Sans doute la mauvaise foi du sous-acquéreur pourrait être induite par le juge de la mention, insérée dans l'acte constatant la seconde aliénation, que tout ou partie du prix de la vente primitive n'a pas encore été payé; mais elle ne résulte pas nécessairement de cette mention, et, par conséquent, celle-ci n'exclut pas dans tous les cas la possibilité de l'usucapion par dix à vingt ans [2].

933. Au cas où il s'agirait d'objets mobiliers corporels, l'action en revendication de l'aliénateur viendra la plupart du temps se briser contre l'écueil de l'art. 2279, qui consacre la règle *En fait de meubles la possession vaut titre*. Mais, lorsque, par exception, la revendication de ces objets est admise, la résolution aura effet à l'égard des tiers qui les auront acquis. Quant aux meubles incorporels, on sait que, sauf les créances constatées par des titres au porteur, ils ne sont pas compris dans le domaine de l'art. 2279 [3]. Aussi, en ce qui les concerne, la résolution produit-elle ses effets contre les tiers détenteurs [4].

N° 4. *Des effets de l'accomplissement de la condition résolutoire tacite.*

934. Le principe est que la résolution prononcée en vertu de la disposition de l'art. 1184, al. 1er, produit les mêmes effets que l'événement de la condition résolutoire expresse. Il résulte des termes de cet article que la condition sous-entendue dans les contrats synallagmatiques n'est pas autre chose

(1) Duranton, XVI, n. 564; Troplong, *Vente*, II, n. 662; Colmet de Santerre, V, n. 105 *bis*-VI; Demolombe, XXV, n. 563-565; Larombière, III, p. 225 (art. 1184, n. 109); Laurent, XVII, n. 150, al. 1 et 2; Huc, *loc. cit.*

(2) C'est ce qui explique la contrariété qui semble exister entre les décisions de jurisprudence relatives à la question. — Laurent, XXXII, n. 410, p. 435-436; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 679. — Pour l'indication des arrêts, voir ce dernier ouvrage, p. 402, noté 2.

(3) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, n. 840.

(4) Larombière, III, p. 228 (art. 1184, n. 112); Laurent, XVII, n. 147. — Grenoble, 15 avril 1845, S., 46. 2. 557, D., 46. 2. 208.

que la condition résolutoire, telle qu'elle est définie dans l'art. **1183**. La loi n'établit que deux différences entre la condition résolutoire tacite et la condition résolutoire expresse, quant à leurs effets respectifs : d'une part, la première n'opère pas de plein droit; d'autre part, elle peut donner lieu à des dommages-intérêts. Pour tout le reste, par conséquent, ses effets demeurent soumis aux mêmes règles que ceux de la condition résolutoire expresse (1).

935. La résolution prononcée par application de l'art. **1184** rétroagit, de même que celle qui résulte d'une condition résolutoire expresse accomplie. Arg. art. **1179** (2). C'est là une conséquence nécessaire du principe que nous venons de poser. Donc, par l'effet de cette résolution, les choses sont remises dans le même état que si le contrat ne s'était pas formé (3). Il s'ensuit que si cette résolution s'applique à une obligation qui a transféré un droit de propriété, l'acquéreur sera censé n'avoir jamais été propriétaire, et, par suite, tous les droits par lui consentis sur la chose seront anéantis (4) ; l'aliénateur pourra donc revendiquer sa chose entre les mains du détenteur, quel qu'il soit.

Ainsi, en droit français, la résolution est réelle, c'est-à-dire qu'elle affecte les tiers. A ce système on oppose le système romain et allemand. Dans celui-ci la résolution ne fait tomber que les obligations ; elle ne porte aucune atteinte aux transmissions de propriété, ni aux constitutions de droits réels. Elle n'est donc pas opposable aux tiers. En un mot, elle est personnelle. Au point de vue économique le second système est préférable. Il est de nature à inspirer beaucoup plus de confiance aux tiers et à favoriser la circulation des biens (5).

(1) Duranton, XI, n. 88 ; Larombière, III, p. 179 (art. 1184, n. 68) ; Laurent, XVII, n. 144. — Req., 5 décembre 1881, S., 82. 1. 110, D. P., 82. 1. 360.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 85 ; Demolombe, XXV, p. 517 *bis ;* Laurent, XVII, n. 145 ; Huc, VII, n. 273, p. 367. — Civ. cass., 31 déc. 1856, S., 57. 2. 641 (note de M. Cabantous), D. P., 57. 1. 281. — V. cependant Lyon, 29 juin 1855, sous Civ. cass., 31 déc. 1856, précité.

(3) Civ. cass., 4 mai 1898, S., 98. 1. 281, D. P., 98. 1. 457. — V. toutefois sur l'application que la cour suprême a faite du principe les observations de M. Planiol, note dans D., sous l'arrêt précité.

(4) V. toutefois sur ce point ce que nous avons dit ci-dessus, n. 815.

(5) Saleilles, *op. cit.*, n. 192, p. 205.

936. Pour expliquer pourquoi, en droit français, la résolution a effet à l'égard des tiers, il n'est nullement nécessaire de dire, comme le font quelques auteurs, que l'action en résolution est *personnelle-réelle* (ici, les mots *personnelle* et *réelle* n'ont pas le même sens que dans le numéro précédent, mais bien le sens que la procédure leur donne dans la classification des actions). Cette action est *personnelle :* cela ne nous paraît pas douteux (1); seulement, lorsqu'elle réussit, le détenteur est considéré, en vertu de l'effet rétroactif dont il a été parlé tout à l'heure, comme n'ayant jamais été propriétaire, et l'aliénateur comme l'ayant toujours été : ce qui permet à ce dernier de reprendre son bien là où il le trouve (2). Toutefois, pour que l'action en revendication de l'aliénateur réussisse contre les tiers détenteurs, il faut que la sentence judiciaire qui lui donne naissance, c'est-à-dire le jugement qui prononce la résolution, leur soit opposable ; et de là il résulte que l'aliénateur, qui demande la résolution contre son acquéreur, fera prudemment de mettre en cause les tiers détenteurs du bien, afin que, lorsque l'action en revendication sera exercée contre eux, ils ne puissent pas contester le droit de propriété du revendiquant en lui opposant la maxime *Res inter alios judicata aliis non nocet* (3).

937. Le vendeur ne pourrait pas intenter directement l'action en résolution contre les tiers détenteurs. Cette action étant essentiellement personnelle, comme nous venons de l'expliquer, c'est seulement contre le débiteur qu'elle peut être formée. Le créancier n'a le droit de s'attaquer aux tiers que s'il a, préalablement, fait prononcer la résolution, et, quand il agit contre eux, ce n'est plus en qualité de créancier, mais bien comme propriétaire.

Au contraire, quand la résolution est la conséquence de

(1) *Sic* Laurent, XVII, n. 149; Huc, VII, n. 272, p. 366. — *Contra* Larombière, III, p. 164 (art. 1184, n. 63). — Cpr. Demolombe, XXV, n. 524; Guillouard, *Vente*, II, n. 591.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 105 *bis*-VI; Aubry et Rau, IV, p. 85; Demolombe, XXV, n. 517 *bis* s.; Larombière, III, p. 163 (art. 1184, n. 62); Laurent, XVII, n. 147; Huc, VII, n. 273, p. 367.

(3) Demolombe, XXV, n. 521, *in fine;* Laurent, XVII, n. 148; Huc, VII, n. 273, p. 368. — Cpr. Larombière, III, p. 186 (art. 1184, n. 70).

l'accomplissement d'une condition expresse, elle peut être immédiatement invoquée contre les tiers ; en d'autres termes, la revendication peut alors être exercée sans qu'il soit besoin de faire préalablement prononcer la résolution par justice. Dans ce cas, en effet, le contrat est résolu *ipso facto*, et, avec lui, tombent les droits réels conférés par le débiteur à des tiers (1).

938. Quand la résolution est prononcée par les juges, quel est le sort des actes d'administration faits par le propriétaire dont le droit est résolu? Nous avons déjà examiné la question à propos de la réalisation de la condition résolutoire expresse (2). Elle comporte la même solution dans l'hypothèse qui nous occupe maintenant. Suivant nous, par conséquent, les actes dont il s'agit subsistent nonobstant l'accomplissement de la condition résolutoire tacite (3).

939. La question de savoir à qui appartiennent les fruits ou intérêts perçus *medio tempore* par chacune des parties se pose, elle aussi, pour la condition résolutoire tacite comme pour la condition résolutoire expresse, et elle doit être, dans les deux cas, tranchée de la même façon (4). Aussi, à notre avis, il n'y a pas lieu, une fois la résolution prononcée en vertu de l'art. **1184**, à restituer les fruits et intérêts dont nous parlons (5).

940. Il peut arriver que les parties, pour éviter des frais de justice, conviennent que le contrat est résolu, l'une d'elles n'ayant pas satisfait à son engagement. Nous supposons, bien entendu, que cette résolution amiable procède vraiment de la

(1) Demolombe et Laurent, *loc. cit.*

(2) V. *supra*, n. 823.

(3) *Sic* Demolombe, XXV, n. 538. — Giorgi, *op. cit.*, IV, n. 219, p. 230. — Liège, 20 décembre 1851, D. P., 54. 2. 364 : *Pasicrisie*, 54. 2. 364. — Civ. rej., 18 juil. 1854. D. P., 54. 1. 357. — V. aussi dans le même sens Guillouard, *Vente*, II, n. 622, et *Louage*, I, n. 50; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, I, n. 66. — *Contra* Laurent, XVII, n. 153, et XXIV, n. 358.

(4) V. *supra*, n. 824.

(5) Demolombe, XXV, n. 541. — M. Troplong distingue : l'effet rétroactif se produirait quant aux fruits dans le cas où la résolution est prononcée en vertu de l'art. 1184. Il n'en serait pas de même lorsque la convention est anéantie par l'accomplissement de la condition résolutoire expresse. *Vente*, I, n. 60, et II, n. 652. Cette distinction est inadmissible. Elle manque de toute base juridique. Demolombe, XXV, n. 539. — Cpr. Laurent, XVII, n. 154, p. 168-169.

cause indiquée et qu'elle n'est point frauduleuse. Aura-t-elle les mêmes effets que la résolution prononcée par le tribunal, et, notamment, fera-t-elle tomber les droits réels consentis à des tiers par l'un des contractants? Oui, à notre avis : La résolution conventionnelle doit être assimilée à la résolution judiciaire. Quand l'art. 1184 dit que la résolution doit être demandée en justice, il oppose le pacte commissoire tacite à la condition résolutoire expresse, qui, elle, opère de plein droit, Mais il n'entend point mettre les contractants dans la nécessité de plaider (1).

941. La condition résolutoire tacite a l'inconvénient de sacrifier l'intérêt des tiers auxquels ont été conférés des droits réels sur l'immeuble aliéné. Ces tiers peuvent être évincés sans avoir eu le moyen de savoir si leur auteur avait ou non rempli ses obligations envers l'aliénateur. La loi du 23 mars 1855, *sur la transcription en matière hypothécaire,* a tempéré cet inconvénient pour le cas de vente d'immeubles, en subordonnant l'exercice de l'action résolutoire à la conservation du privilège du vendeur (2). L'art. 7 de cette loi s'exprime en ces termes : « L'action résolutoire établie par l'art. 1654 C. civ. ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver » (3).

Du reste, peu importe la façon dont le privilège a été perdu. Son extinction entraîne toujours celle de l'action résolutoire, car la loi ne distingue pas (4).

(1) Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Résol.*, § 1; Troplong, *Vente*, II, n. 691; *Priv. et hyp.*, II, n. 691; Coulon, *Quest. de dr.*, III, p. 436, *dial.*, 128; Larombière, III, p. 188 (art. 1184, n. 72); Demolombe, XXV, n. 518; Guillouard, *Vente*, II, n. 621. — Req., 10 mars 1836, S., 36. 1. 167; Bourges, 12 février 1853, S., 53. 2. 441, D. P., 53. 2. 175. — Riom, 11 décembre 1865, S., 66. 2. 362, D. P., 66. 2. 179. — *Contra* Duvergier, *Vente*, II, n. 5; Laurent, XXIV, 371.

(2) Sur la législation antérieure, v. Guillouard, *Vente*, II, n. 594.

(3) Quand le vendeur sommé de surenchérir, puis de produire à l'ordre, a laissé passer le délai légal sans faire de production, il est déchu de son privilège en ce sens que le droit de suite est éteint et que le droit de préférence n'est plus opposable aux créanciers qui ont produit en temps utile. Cela suffit pour qu'il perde aussi, par voie de conséquence, l'action résolutoire, conformément à la disposition de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855. Req., 10 juin 1879, S., 81. 1. 419, D., 80. 1. 409.

(4) Si le vendeur, après avoir fait inscrire son privilège dans les termes de l'art. 6

Toutefois le remède est très insuffisant. D'abord il est étranger aux cas d'inexécution qui se produisent dans les contrats autres que la vente. Mais il y a plus : même en ce qui regarde ce contrat, c'est seulement l'inexécution de l'obligation de payer le prix qui est visée par la loi du 23 mars 1855. L'art. 7, comme on vient de le voir, s'occupe exclusivement de l'action résolutoire *établie par l'art. 1654 C. civ.* Or ce dernier texte est ainsi conçu : « *Si l'acheteur ne paye pas le prix*, le vendeur peut demander la résolution de la vente ». Il en résulte que, pour les cas où il y a, de la part du vendeur, inexécution d'une autre obligation, l'exercice de l'action résolutoire est indépendante de la conservation du privilège [1].

942. Mais l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, écrit unique-

de la loi du 23 mars 1855, laissait périmer l'inscription faute de la renouveler dans les dix ans, il perdrait non seulement ce privilège, mais aussi l'action résolutoire. Cpr. Flandin, *Transcrip.*, II, ch. IV, sect. IV. — Toutefois, quand l'action résolutoire a été utilement introduite contre l'acquéreur originaire et contre les sous-acquéreurs avant l'extinction du privilège du vendeur, elle doit être accueillie bien que ce privilège, à défaut de renouvellement de l'inscription, ait péri au cours de l'instance. Civ. cass., 3 août 1868, S., 68. 1. 381, note, D. P., 68. 1. 449, note. — *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 402 *in fine*. — A notre avis le vendeur ne pourrait pas, tout en renonçant à son privilège dans l'acte de vente ou dans un acte de mainlevée, se réserver le droit d'exercer l'action résolutoire contre les tiers qui auraient acquis les droits réels sur l'immeuble aliéné. Troplong, *op. cit.*, n. 291 ; Verdier, *op. cit.*, II, n. 643. — Cpr. Flandin, *op. cit.*, II, ch. IV, sect. IV. — On admet généralement que, nonobstant la disposition de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, la poursuite de folle enchère peut être exercée dans les cas où elle est autorisée par la loi. Aubry et Rau, IV, p. 402, note 46 ; Mourlon, *Transc.*, II, n. 830 ; Flandin, *Transc.*, II, p. 1207 ; Verdier, *Transc.*, II, n. 661 ; Guillouard, *Vente*, II, n. 599. — Besançon, 16 déc. 1857, D. P., 59. 2. 148. — Bordeaux, 2 août 1860, S., 61. 2. 157, D. P., 61. 2. 66. — Bourges, 12 janv. 1876, S., 77. 2. 101, D. P., 76. 2. 26. — L'arrêt précité de Bordeaux, du 2 août 1860, met très bien en relief les différences qui existent entre la poursuite de la folle enchère et l'action résolutoire. — A défaut soit d'inscription du privilège, soit de transcription du contrat avant le jour du jugement déclarant la faillite de l'acquéreur ou admettant celui-ci au bénéfice de la liquidation judiciaire, le vendeur perd-il, en vertu de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, la faculté de demander la résolution contre les créanciers de la masse ? *Quid* du cas où les formalités requises pour la conservation du privilège n'ont pas été remplies avant le décès de l'acquéreur, suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de sa succession ? Sur ces deux questions, voir Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv. et hyp.*, II, n. 1601-1606 (on trouvera en note, dans cet ouvrage, l'indication de toutes les autorités).

[1] Colmet de Santerre, V, n. 105 *bis*-VI ; Larombière, III, p. 177 *in fine* (art. 1184, n. 66) ; Aubry et Rau, IV, p. 402 ; Demolombe, XXV, n. 505 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 600.

ment en vue de protéger les tiers, est inapplicable dans les rapports des parties entre elles, et, par conséquent, le vendeur peut, même après l'extinction de son privilège, demander la résolution soit contre l'acquéreur ou ses héritiers, soit contre ses créanciers chirographaires [1].

943. Après avoir disposé dans l'art. 1654 que « si l'acheteur ne paie pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente », le législateur s'exprime ainsi dans l'art. 1656 : « S'il a été stipulé, lors de la vente d'immeubles, que, faute de paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation... ». Ainsi, relativement au cas où le prix de vente n'est pas payé, le Code vise dans l'art. 1654 la clause résolutoire tacite, et, dans l'art. 1656, la clause résolutoire expresse. Or l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, ne parle que de « l'action résolutoire établie par l'art. 1654 ». Est-ce à dire que sa disposition ne soit pas applicable à la clause résolutoire dont il est question dans l'art. 1656 ? Si l'on s'en tient rigoureusement aux termes de l'art. 7 de la loi de 1855, on se prononcera pour l'affirmative. On peut, d'ailleurs, ajouter en faveur de cette solution que les deux clauses résotoires dont il s'agit ne sont pas gouvernées par les mêmes principes. La clause tacite n'opère que par l'intervention de la justice, tandis que l'autre clause, si du moins elle est conçue dans les termes prévus par l'art. 1656, opère dès qu'il y a mise en demeure au moyen d'une simple sommation. Cependant la majorité des auteurs se prononcent en sens contraire, et c'est avec raison, d'après nous. L'art. 7 de la loi de 1855 ne vise, il est vrai, que « l'action résolutoire établie par l'art. 1654 ». Mais la clause résolutoire de l'art. 1656 n'est qu'une modification de cette action. Dans les deux cas, le droit à la résolution procède du défaut de paiement du prix. La clause

[1] Troplong, *Transc.*, n. 290 ; Rivière et François, *Transc.*, n. 108 ; Flandin, *Transc.*, II, ch. IV, sect. IV ; Aubry et Rau, IV, p. 402 ; Larombière, *loc. cit.* ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 595 ; Huc, VII, n. 279, p. 376. — Civ. rej., 27 mars 1861, S., 61. 1. 758, D. P., 61. 1. 103. — Lyon, 6 avril 1865, S., 66. 2. 196, D. P., 66. 5. 487. — Bordeaux, 4 mai 1892, D. P., 94. 2. 276.

expresse et la clause tacite ont, par conséquent, le même principe. D'autre part, en ce qui regarde les tiers, le danger est le même, qu'il s'agisse de la résolution admise par l'art. 1654 ou de celle dont s'occupe l'art. 1656. Il est donc rationnel de les soumettre l'une et l'autre à la disposition de l'art. 7 de la loi de 1855. Au surplus, si la solution opposée triomphait, la protection que le législateur a voulu accorder aux tiers en écrivant ce dernier texte deviendrait illusoire. L'usage s'établirait d'insérer dans tous les contrats de vente une clause résolutoire, et, par suite, la résolution pourrait toujours avoir lieu malgré l'extinction du privilège (1).

944. L'échangiste, n'ayant pas de privilège, ne se trouve pas dans le cas de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 (2). Toutefois il en est autrement quand l'échange d'immeubles a eu lieu avec soulte (3). Dans ce cas, en effet, le contrat a le caractère de vente en ce qui concerne l'excédent de valeur d'un des immeubles sur l'autre. La soulte est donc un véritable prix de vente ; elle est, en conséquence, garantie par un privilège (4), à la conservation duquel se trouve associé l'exercice de l'action résolutoire.

945. D'après l'opinion générale, le donateur n'a pas, comme garantie de l'exécution des charges imposées au donataire, de privilège sur l'immeuble donné. Les charges qui accompagnent une donation ne la transforment point en vente. La donation et la vente diffèrent l'une de l'autre et par leurs caractères essentiels et par leurs effets. Ces charges, n'étant que

(1) *Sic* Lesenne, *Transcription*, n. 129; Flandin, *op. cit.*, II, chap. IV, sect. IV; Troplong, *op. cit.*, n. 301-305; Mourlon, *op. cit.*, II, n. 831; Verdier, *op. cit.*, II, n. 678; Guillouard, *Vente*, II, n. 603, p. 139 *in fine*. — Pau, 17 mai 1875 S., 75. 2. 332, D., *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Transcription hypothécaire*, n 210 (note). — *Contra* Larombière, III, p. 178 (art. 1184, n. 66).

(2) Rivière et François, *op cit.*, n. 117; Rivière et Huguet, *op. cit.*, n. 355; Ducruet, *Etude sur la transc.*, n. 27; Flandin, *op. cit.*, II, chap. IV, section IV; Verdier, *op. cit.*, II, n. 662. — Nancy, 9 janv. 1862, D. P., 62. 2. 193.

(3) Ducruet, *op.* et *loc. cit.;* Verdier, *op. cit.*, II, n. 666. — Il n'y a pas lieu de distinguer entre le cas où la soulte est très inférieure à la valeur de l'immeuble aliéné par le copermutant qui la doit et celui où elle est à peu près égale ou très supérieure à cette valeur. *Sic* Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n. 578, et la plupart des auteurs. — *Contra* Mourlon, *op. cit.*, n. 148 s.; Rivière et Huguet, *op. cit.*, n. 356 et 357.

(4) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, I, n. 577.

des clauses accessoires du contrat, ne peuvent pas en changer la nature. Le donateur n'a donc pas de privilège [1], et, par suite, son action résolutoire n'est pas régie par la disposition de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 [2].

946. Mais, bien entendu, la solution devrait être différente si le montant des charges était égal ou supérieur à la valeur de l'immeuble aliéné. Alors, en effet, la qualification donnée au contrat serait fausse. En réalité, il y aurait vente, et, par conséquent, le prétendu donateur serait pourvu d'un privilège [3], et l'art. 7 de la loi de 1855 serait applicable [4].

947. L'art. 4 de cette même loi du 23 mars 1855 a organisé une autre mesure de protection en faveur des tiers : « Tout jugement prononçant *la résolution,* nullité ou rescision d'un acte transcrit, dit-il, doit, dans le mois à dater du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre. — L'avoué qui a obtenu le jugement est tenu, sous peine de 100 fr. d'amende, de faire opérer cette mention en remettant un bordereau rédigé et signé par lui, au conservateur, qui lui en donne récépissé ». Nous avons déjà parlé de cette disposition au sujet des actions en nullité [5]. Notons qu'elle prescrit, non pas la transcription du jugement, mais une simple mention [6]. Rappelons aussi que le défaut de mention a pour

(1) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, I, n. 581.

(2) Troplong, *op. cit.*, n. 300; Rivière et François, *op. cit.*, n. 117; Verdier, *op. cit.*, II, n. 668.

(3) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op.* et *loc. cit.*

(4) Rivière et Huguet, *op. cit.*, n. 358; Flandin, *op. cit.*, II, ch. IV, sect. IV.

(5) V. notre t. I, n. 127.

(6) La mention prescrite par l'art. 4 de la loi de 1855 ne saurait être suppléée par la transcription du jugement prononçant la résolution, et, en conséquence, l'avoué qui n'a pas fait opérer cette mention est passible de l'amende, alors même qu'il a fait transcrire le dit jugement : « Considérant que la transcription et la mention, qui diffèrent sous le rapport de la forme, ne diffèrent pas moins quant aux intérêts qu'elles doivent protéger et quant aux personnes intéressées à leur exécution; que le législateur a pu s'en remettre à la diligence de l'acquéreur pour l'accomplissement de la transcription qui protège ses droits ; qu'au contraire, l'omission de la mention ne pouvant occasionner de préjudice au bénéficiaire, il était nécessaire d'assurer dans un délai déterminé l'exécution de cette formalité par une sanction pénale et de charger l'avoué de faire, en vertu de son office, ce que le bénéficiaire n'est pas tenu de faire en vertu de son intérêt ; considérant que ces deux moyens de publicité sont établis par la loi pour des cas différents; que, dans l'espèce, une

unique sanction la peine d'amende prononcée contre l'avoué, et, par conséquent, elle ne rend pas le jugement inefficace à l'égard des tiers qui ont acquis des droits réels de celui dont la propriété a été résolue [1].

948. Les actes de résolution amiable, à la différence des jugements de résolution, ne sont pas assujettis à la formalité de la mention dont il est question dans le texte précité. Cette formalité n'est imposée par la loi qu'à l'avoué qui a obtenu le jugement. On ne saurait la mettre, par analogie, à la charge de la partie qui avait intérêt à ce que la résolution eût lieu. Au surplus, à l'égard de cette partie, l'obligation dont il s'agit serait dépourvue de sanction, car le défaut de mention n'empêche pas que la résolution judiciaire elle-même soit opposable aux tiers [2].

949. Aux termes des alinéas 1 à 5 de l'art. 717 C. pr. civ., modifié par la loi du 2 juin 1841, l'adjudicataire sur saisie immobilière « ne pourra être troublé dans sa propriété par aucune demande en résolution fondée sur le défaut de paiement du prix des anciennes aliénations, à moins qu'avant l'adjudication la demande n'ait été notifiée au greffe du tribunal où se poursuit la vente. — Si la demande a été notifiée en temps utile, il sera sursis à l'adjudication, et le tribunal, sur la réclamation du poursuivant ou de tout créancier inscrit, fixera

prescription formelle oblige l'avoué à faire opérer la mention et qu'aucun texte ne permet de supposer qu'elle puisse être suppléée par la transcription ». — Trib. civ. de la Flèche, 2 juillet 1860, S., 61. 2. 362, D. P., 61. 3. 31. — *Sic* Troplong, *op. cit.*, n. 241. — Si l'acte de vente dont la résolution est prononcée n'a pas été transcrit, l'avoué n'est point tenu, bien qu'alors la mention prescrite par l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855 soit impossible, de faire transcrire le jugement de résolution. Le caractère pénal de cette disposition s'y oppose. *Sic* Huc, X, n. 172, p. 237. — *Contra* Guillouard, *Vente*, II, n. 624; Trib. Vouziers, 11 avril 1861, S., 61. 2. 514, D. P., 62. 3. 23.

[1] *Sic* Rivière et Huguet, *op. cit.*, n. 303 s.; Rivière et François, *op. cit.*, n. 63 et 64; Bressoles, *op. cit.*, n. 63; Troplong, *op. cit.*, n. 232; Flandin, *op. cit.*, I, n. 609; Mourlon, *op. cit.*, II, n. 555; Verdier, *op. cit.*, II, n. 487 s.; Aubry et Rau, II, p. 306; Huc, X, n. 172, p. 237. — *Contra* Duvergier, *Collect. des lois nouv.*, année 1855, p. 67, note 2.

[2] Rivière et Huguet, *op. cit.*, n. 6 s.; Troplong, *op. cit.*, n. 244; Bressoles, *Transcrip.*, n. 69; Flandin, *op. cit.*, I, n. 224 à 226; Mourlon, *op. cit.*, I, n. 44, et II, n. 547; Aubry et Rau, II, p. 302, note 61; Verdier, *op. cit.*, I, n. 84, et II, n. 435; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 625.

le délai dans lequel le vendeur sera tenu de mettre à fin l'instance en résolution. — Le poursuivant pourra intervenir dans cette instance. — Ce délai expiré sans que la demande en résolution ait été définitivement jugée, il sera passé outre à l'adjudication, à moins que pour des causes graves et dûment justifiées, le tribunal n'ait accordé un nouveau délai pour le jugement de l'action en résolution. — Si, faute par le vendeur de se conformer aux prescriptions du tribunal, l'adjudication avait eu lieu avant le jugement de la demande en résolution, l'adjudicataire ne pourrait pas être poursuivi à raison des droits des anciens vendeurs, sauf à ceux-ci à faire valoir, s'il y avait lieu, leurs titres de créance dans l'ordre et distribution du prix d'adjudication ».

Avant la loi du 2 juin 1841, l'adjudicataire, exposé à la demande en résolution, restait pendant 30 ans sous le coup d'une menace d'éviction. Sa situation méritait d'attirer l'attention du législateur. D'une part, à la différence de l'acheteur amiable, l'adjudicataire, ne traitant pas directement avec le propriétaire, ne peut pas exiger de celui-ci la preuve que le prix de la précédente vente a été payé. Il n'a pas d'autres renseignements que ceux qui lui sont fournis par le poursuivant. Or, la plupart du temps, ces renseignements sont très insuffisants, car, d'ordinaire, le saisi refuse de parler ou peut-être même se cache. D'autre part, l'adjudicataire n'est pas admis à s'autoriser de la disposition de l'art. 1653 C. civ. pour suspendre le paiement de son prix, car il doit nécessairement procéder à ce paiement dans certains délais. Il s'ensuivait que, si, dans la suite, la résolution était prononcée, la seule ressource de l'adjudicataire était d'exercer contre le saisi un recours ordinairement illusoire. La perspective de ce danger avait généralement pour conséquence de faire vendre l'immeuble à un prix bien inférieur à sa valeur [1].

Cependant la disposition de l'art. 717 est l'objet de vives critiques. La circonstance que l'immeuble vendu est exproprié devait-elle décider le législateur à modifier la situation du

[1] Boitard et Colmet d'Aage, *Leçons de procéd. civ.*, I, n. 966; Garsonnet, *Tr. théor. et prat. de proc. civ.*, IV, § 712, p. 278.

vendeur? Pourquoi mettre celui-ci dans la nécessité d'exercer immédiatement l'action résolutoire lorsque l'adjudication lui permettrait peut-être de recevoir, ainsi qu'il le désire, le prix de la vente par lui consentie? Au surplus l'injustice du système adopté en 1841 s'est aggravée depuis la loi du 23 mars 1855. Aujourd'hui on ne peut plus dire qu'il est impossible pour l'adjudicataire de connaître les droits du précédent vendeur. En effet, ou le privilège de ce dernier a été conservé, et alors les tiers doivent savoir qu'il sont menacés d'une demande en résolution, ou ce privilège n'a pas été conservé, et alors l'action résolutoire ne peut plus être exercée (1).

950. L'art. 18 de la loi du 3 mai 1841, *sur l'expropriation pour cause d'utilité publique,* formule une importante restriction quant aux effets de la clause résolutoire tacite (2) : « Les actions en *résolution,* en revendication et toutes autres actions réelles, dit-il, ne pourront arrêter l'expropriation, ni en empêcher l'effet. Le droit des réclamants sera transporté sur le prix, et l'immeuble en demeure affranchi » (3). Rappelons que

(1) V. notamment Guillouard, *Vente,* II, n. 607, p. 145-148. — V. sur l'application de l'art. 717 ; Guillouard, *op. cit.,* II, n. 608-711, p. 148-152 ; Garsonnet, *op. cit.,* IV, § 678, p. 172-178, § 712, p. 277-282. — V. aussi ce dernier ouvrage, même vol., § 672, p. 143-150.

(2) Cette restriction se trouvait déjà dans l'art. 18 de la loi du 7 juillet 1833, *sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.*

(3) Le décret du 28 février 1852, *sur les sociétés de crédit foncier,* établissait lui aussi une exception en ce qui concerne les actions résolutoires. On sait qu'aux termes de l'art. 6 du décret précité, les sociétés de crédit foncier ne peuvent prêter que sur première hypothèque. Pour assurer la pleine efficacité des garanties hypothécaires fournies à ces sociétés par les emprunteurs, le législateur avait organisé une procédure spéciale au moyen de laquelle ces sociétés étaient tenues de purger préalablement les hypothèques légales des mineurs, des interdits et des femmes mariées, les privilèges non inscrits et même les actions résolutoires et rescisoires : « A l'égard des *actions résolutoires* ou rescisoires..... portait l'art. 24 du décret de 1852, la purge a lieu de la manière suivante : Un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque dressé dans la forme indiquée au deuxième paragraphe de l'art. 21 (c'est-à-dire un extrait contenant, sous peine de nullité, la date, les nom, prénoms, profession et domicile de l'emprunteur, la désignation de la nature et de la situation de l'immeuble, ainsi que le montant du prêt) est signifié aux précédents propriétaires, soit au domicile réel, soit au domicile élu ou indiqué par les titres. Cet extrait est publié suivant le mode indiqué au premier paragraphe de l'art. 23 (c'est-à-dire qu'un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque est inséré dans l'un des journaux désignés pour les publications judiciaires), et la purge s'opère après le délai de quarante jours écoulé sans

les traités amiables, passés entre les expropriés et l'administration, produisent, quand ils sont précédés d'une déclaration régulière d'utilité publique, les mêmes effets que le jugement d'expropriation. Ils sont donc régis par la disposition qui précède.

B. *Du pacte commissoire exprès.*

951. Aux yeux des auteurs qui pensent que la disposition de l'art. **1184** est étrangère aux contrats unilatéraux, l'utilité du pacte dont nous parlons maintenant apparaît dans ces contrats. De plus, d'après les mêmes auteurs, s'il s'agit de contrats synallagmatiques, et, d'après les autres auteurs, qu'il s'agisse de contrats synallagmatiques ou de contrats unilatéraux, cette utilité peut apparaître encore, si les parties veulent modifier les effets du pacte commissoire tacite tel qu'il est établi par l'art. **1184**.

952. Les effets du pacte commissoire exprès varient suivant les termes dans lesquels il est conçu, tout en cette matière dépendant de la volonté des parties. Dans la pratique des affaires, on le rencontre sous l'une des trois variantes qui suivent [1] :

953. 1° Il est simplement expliqué dans l'acte que, dans le cas où l'une des deux parties ne tiendrait pas son engagement, l'autre partie aurait le droit de demander la résolution ; en d'autres termes, le pacte commissoire se borne à reproduire la formule de l'art. **1184** al. **1**, ou toute autre équivalente.

qu'il soit survenu d'inscription ». Quand les actions résolutoires ou les actions rescisoires avaient été ainsi purgées, l'emprunteur était réputé, par rapport à la société de crédit foncier, propriétaire de l'immeuble par lui hypothéqué au profit de cette société. Mais l'art. 8 de la loi du 10 juin 1853, *relative aux sociétés de crédit foncier*, en abrogeant l'art. 24 du décret du 28 février 1852, a supprimé la purge des actions résolutoires et des actions rescisoires, ainsi, d'ailleurs, que celle des privilèges non inscrits. V. les motifs de cette suppression dans le rapport de la commission. Sirey, *Lois ann.*, 1853, p. 81, col. 2, en note. — Toutefois, comme la loi du 23 mars 1855, *sur la transcription*, dispose que l'action résolutoire ne peut plus être exercée contre les tiers, à raison du défaut de paiement du prix, après l'extinction du privilège du vendeur (art. 7), il s'ensuit que la purge de ce privilège par les sociétés de crédit foncier entraîne celle de l'action résolutoire.

[1] Sur le pacte commissoire exprès dans les baux, voir Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du Louage*, I, n. 1043, texte et notes. — Sur le pacte commissoire exprès dans la vente, voir Baudry-Lacantinerie, *Préc. de dr. civ.*, III, n. 576.

954. S'il s'agit d'une convention synallagmatique, la situation des parties, d'après nous, reste exactement la même que si elles n'avaient fait aucune stipulation relativement à la résolution [1] : l'acte contient une clause surabondante, en tant qu'il exprime purement et simplement ce que la loi y sous-entend.

Ainsi, dans cette hypothèse, si l'une des parties ne satisfait pas à ses obligations, l'autre pourra demander la résolution du contrat ; mais, si elle le préfère, elle pourra en exiger l'exécution. Ici donc le pacte commissoire, à la différence de la condition résolutoire expresse, n'entraîne pas de plein droit la résolution de la convention. Et c'est très juridique ! En effet, de ce que les parties ont rappelé en termes exprès le droit de demander la résolution, on ne peut pas induire qu'elles ont renoncé à celui de poursuivre l'exécution. Les renonciations ne se présument pas. Dans notre cas, il serait d'autant plus étrange de repousser l'application de ce principe que la renonciation présumée porterait sur le droit principal. La plupart du temps, d'ailleurs, les parties font dresser par un tiers l'écrit qui constate leurs conventions, et c'est seulement comme clause de style que ce tiers insère le pacte commissoire.

On objecte que le pacte dont il s'agit est une condition résolutoire expresse, et qu'il doit, par conséquent, comme le fait toujours pareille condition, opérer de plein droit la résolution, quand l'événement prévu se réalise. L'objection n'est pas fondée : au cas ordinaire de condition résolutoire expresse, les parties ont manifestement l'intention que le contrat soit résolu, si la condition s'accomplit. Tandis que, dans notre hypothèse, ainsi que nous l'avons démontré, il serait contraire aux principes du droit et aux vraisemblances de leur supposer cette intention.

[1] « Lors même que la condition résolutoire (de l'art. 1184) serait formellement stipulée, il faudrait toujours constater l'inexécution, en vérifier les causes ; les distinguer de celles d'un simple retard, et dans l'examen de ces causes, il peut en être de si favorables que le juge se trouve forcé par l'équité à accorder un délai ». Fenet, XIII, p. 244 ; Locré, XII, p. 342 *in fine* et 343, I, n. 70, al. 2 *in fine*. — Sol. expresse dans C. civ. néerl., art. 1302, al. 3.

On prétend aussi que le rapprochement des deux premiers alinéas de l'art. 1184 fournit un argument à l'appui de l'autre opinion. Après avoir, dans son premier alinéa, parlé de la condition résolutoire sous-entendue, cet article ajoute : « *Dans ce cas* le contrat n'est point résolu de plein droit ». Il en résulte par argument *a contrario,* dit-on, qu'il en est autrement, lorsque le pacte commissoire est exprès. Il faut répondre que, par les mots « *Dans ce cas* », la loi oppose, non pas le pacte commissoire tacite au pacte commissoire exprès, mais bien le pacte commissoire exprès ou tacite à la condition résolutoire en général, c'est-à-dire à la condition résolutoire dont il s'agit dans l'art. 1183. Le caractère que nous avons reconnu au pacte commissoire suppose forcément qu'il en est ainsi.

La solution que nous adoptons est, au surplus, celle qui a été donnée par Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs* (1).

Les effets du pacte commissoire ne changeant pas par cela seul qu'il est exprimé, la partie qui veut faire résoudre le contrat doit s'adresser à la justice, et celle-ci peut, suivant les circonstances, accorder un délai au défendeur (2).

(1) *Sic* Marcadé, IV, n. 568 ; Colmet de Santerre, V, n. 105 *bis*-I ; Mourlon, II, n. 1216 ; Larombière, III, p. 153 (art. 1184, n. 53) ; Demolombe, XXV, n. 549 ; Aubry et Rau, IV, p. 83, texte et note 83 ; Laurent, XVII, n. 157 ; Arntz, III, n. 106, p. 58 ; Huc, VII, n. 281, p. 378. — *Contra* Delvincourt, II, texte, p. 133 et notes, p. 487 ; Toullier, VI, n. 554 ; Duranton, XI, n. 88 ; Troplong, *Vente*, I, n. 61 et II, n. 666 ; Zachariæ, § 302, texte et note 32.

(2) En droit romain, le pacte commissoire s'exécutait rigoureusement, et, par conséquent, si, au cas de vente faite *sub lege commissoria*, le vendeur se prononçait pour la résolution, elle avait lieu nécessairement, par cela seul que l'acheteur n'avait pas payé dans le délai convenu. V. Dig., titres, *De lege commissoria, De in diem addictione.* — V. aussi L. 12, C. *De contrah. stipul.* — Dans l'ancienne jurisprudence française, au contraire, d'après une doctrine qui, du droit canonique, avait passé dans le droit civil, le pacte commissoire, même conçu dans les termes les plus énergiques, était considéré comme simplement comminatoire : « Selon notre jurisprudence, disait Pothier, le pacte commissoire n'opère pas de plein droit la résolution du contrat par défaut de paiement dans le temps limité ; il donne seulement au vendeur, en ce cas, une action pour demander la résolution du contrat, qui n'est opérée, au moins irrévocablement, que par la sentence, qui, par cette action, déclare le contrat nul et résolu, faute par l'acheteur d'avoir payé. *L'acheteur peut donc, jusqu'à ce que la sentence soit intervenue, quoique après l'expiration du terme, empêcher la résolution du contrat par des offres* ». *Vente*, n. 460 (éd. Dupin, II, p. 205). — Domat s'exprimait d'une façon non moins catégorique : « Les clauses résolutoires, au défaut de payer au terme ou d'exécuter quelque autre con-

955. Mais que décider s'il s'agit d'un contrat unilatéral ? La réponse à cette question ne saurait être douteuse si l'on admet que la disposition de l'art. 1184 est particulière aux contrats synallagmatiques. Pour les partisans de cette doctrine, la clause dont il s'agit confère au créancier tous les droits et seulement les droits résultant de l'art. 1184. En reproduisant la formule de ce texte, les parties ont vraisemblablement voulu rendre applicable au contrat unilatéral qu'elles ont passé la disposition que la loi sous-entend dans les contrats synallagmatiques seulement.

Si l'on estime, au contraire, que le pacte résolutoire tacite existe même dans les contrats unilatéraux, la question de savoir quelle est, en ce qui concerne ces derniers contrats, la portée de la clause par nous prévue, donne lieu à la même controverse que pour les contrats synallagmatiques.

956. 2° Le pacte commissoire porte que le contrat sera résolu *de plein droit,* si l'une des parties ne satisfait point à son engagement. — Que les contractants aient entendu par cette clause modifier les effets du pacte commissoire tel qu'il est réglé par l'art. 1184, c'est incontestable ; ils en ont le droit, car nous ne sommes pas ici en présence d'une de ces dispositions d'ordre public, auxquelles la convention des parties ne peut déroger. La difficulté est de savoir quelle est la portée de la dérogation. Il paraît certain que les contractants ont entendu exclure l'intervention de la justice : la partie, envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, n'aura donc pas besoin de recourir à elle pour faire prononcer la résolution, et par suite il ne pourra être question pour le débiteur d'obtenir un délai. Faut-il dire alors que l'inexécution par le débiteur de son engagement produira le même effet qu'une condition résolutoire ordinaire, c'est-à-dire qu'elle entraînera la résolution de plein droit et sans que le créancier ait à manifester sa volonté à cet égard ? Il paraît impossible de l'ad-

vention, n'ont pas l'effet de résoudre d'abord la vente, par le défaut d'y satisfaire ; mais on accorde un délai pour exécuter ce qui a été promis... » *Lois civ.*, 1re part., liv. I, tit. II, sect. XII, n. 12 (éd. Rémy, I, p. 193). — Le Code civil, posant en principe que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties, repousse implicitement, sur le point qui nous occupe, le système de notre ancienne jurisprudence et impose l'application littérale du pacte commissoire.

mettre : car la clause reviendrait à ceci : le débiteur sera libre de ne point exécuter son engagement, et le créancier n'aura aucun moyen de l'y contraindre. Assurément, en stipulant que le contrat sera résolu de plein droit, si le débiteur ne satisfait point à son engagement, le créancier n'entend pas renoncer à la faculté d'exiger l'exécution de l'obligation s'il y trouve son intérêt. Il faut donc dire que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté conserve le droit d'opter entre l'exécution du contrat et sa résolution. Si elle préfère la résolution, elle manifestera sa volonté à cet égard par une simple sommation adressée au débiteur, et cela suffira pour que la convention soit résolue.

957. C'est même une question que de savoir si une sommation est nécessaire et si le créancier ne peut pas déclarer, d'une façon quelconque qu'il opte pour la résolution. Le législateur s'est expliqué à cet égard en ce qui concerne les ventes immobilières : « S'il a été stipulé, lors de la vente d'immeubles, porte l'art. 1656, que, faute de paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation ». On se demande si cette disposition exprime une règle spéciale aux ventes d'immeubles, ou si elle ne fait pas simplement à ces ventes l'application d'un principe général. A notre avis, c'est la dernière interprétation qui est la vraie. D'abord il n'existe aucune raison pour que les ventes d'immeubles soient, sur ce point, régies autrement que les autres. De plus, quand il est stipulé dans un contrat que sa résolution aura lieu de plein droit faute d'exécution dans un certain délai, sans doute le créancier, si le débiteur ne tient pas ses engagements, n'a pas besoin de faire résoudre le contrat par le juge ; sans doute, il suffit qu'il déclare se prononcer pour la résolution ; mais encore faut-il qu'il y ait inexécution. Or la règle *Dies interpellat pro homine* étant abolie, l'inexécution suppose qu'une sommation ou qu'un autre acte équivalent a été signifié au débiteur. Art. **1139** (1).

(1) *Sic* Marcadé, IV, n. 569, *in fine ;* Colmet de Santerre, V, n. 105 *bis*-II ; Aubry

958. Le juge, quand il a été stipulé que la résolution aurait lieu de plein droit, ne peut pas accorder un délai au débiteur après que ce dernier a été mis en demeure par le créancier. Il ne saurait, en effet, avoir cette faculté quand la résolution est la conséquence nécessaire de la volonté des parties. En accordant alors un délai, les tribunaux méconnaîtraient la loi du contrat. Les considérations d'équité ne peuvent jouer ici aucun rôle, puisque les parties ont été d'accord pour les écarter. L'art. 1656 fournit d'ailleurs, un puissant argument à l'appui de notre solution, en disant, que le juge ne peut pas impartir de délai à l'acheteur quand le vendeur a sommé celui-ci de payer le prix. V. ce texte *in fine*.

On ne saurait invoquer en sens contraire, comme l'ont fait certaines cours d'appel, la disposition de l'art. 1244. Cet article, il est vrai, parle de délais de grâce que le juge peut, pour des raisons d'humanité, accorder au débiteur. Mais il implique forcément le maintien du contrat, car il ne peut être question d'accorder un délai pour l'exécution d'un contrat qui n'existe plus. Or, dans notre hypothèse, la convention est résolue, elle a donc cessé d'exister ([1]).

959. Nous ne croyons même pas qu'après la sommation et jusqu'au jugement, le défendeur soit encore à temps d'exécuter l'obligation et d'éviter ainsi la résolution. La stipulation dont il s'agit doit, comme toute autre convention, faire la loi des parties ; le défendeur s'était engagé, sous peine de résolution, à payer au jour fixé ; il a manqué à cet engagement ;

et Rau, IV, p. 84, texte et note 85 ; Demolombe, XXV, n. 554 ; Huc, VII, n. 281, p. 378. — *Contra* Troplong, *Vente*, II, p. 666 et 667 ; Larombière, III, p. 154 (art. 1184, n. 55) ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 383, § 536, note 11 ; Laurent, XVII, n. 163 ; Req., 27 avril 1840, S., 40. 1. 728 ; 22 mai 1855, S., 56. 1. 123 ; 29 novembre 1886, S., 87. 1. 63, D. P., 87. 1. 388.

([1]) *Sic* Larombière, III, p. 154 (art. 1184, n. 55) ; Aubry et Rau, IV, p. 84 ; Demolombe, XXV, n. 555 ; Laurent, XVII, n. 165. — Liège, 1er août 1810, S. chr., III, p. 319. — Civ. cass., 2 juill. 1860, S., 60. 1. 705, D. P., 60. 1. 284. — Orléans, 9 nov. 1860, S., 61. 2. 144, D. P., 61. 2. 54. — Bordeaux, 1er juin 1864, S., 64. 2. 263. — Paris, 11 fév. 1874, S., 74. 2. 197, D. P., 75. 2. 145. — Bordeaux, 2 juill. 1894, D. P., 95. 2. 316. — *Contra* Nîmes, 22 août 1809, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1204-1°. — Colmar, 6 déc. 1814, D., *ibid.*, n. 1204-2°. — Paris, 27 mars 1843, S., 43. 2. 259. — Paris, 22 mars 1859, cassé par l'arrêt précité du 2 juillet 1860, S. sous cette dernière décision.

il doit en subir les conséquences. C'est d'ailleurs ce qui résulte de la disposition de l'art. 1656. D'après ce texte, « l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, *tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation* ». Nous devons en conclure qu'après avoir été mis en demeure, il n'est plus admis à payer [1].

960. 3° Il est dit dans le pacte commissoire qu'en cas d'inexécution la résolution aura lieu *de plein droit et sans sommation*. — Alors il faut bien admettre que le simple fait de l'inexécution par le débiteur de son engagement aura pour résultat de résoudre le contrat sans que le créancier ait à manifester sa volonté à cet égard, puisque cela est dit dans l'acte [2]. Cette clause sera nécessairement rare, car elle laisse au débiteur la faculté de résoudre le contrat par sa seule volonté, sauf les dommages et intérêts du créancier. Cependant voici un cas dans lequel on comprendrait qu'elle pût se rencontrer : Je vous vends ma maison moyennant 100,000 fr., sur lesquels vous me payez 25,000 fr. comptant, et nous convenons que, si, dans un délai d'un an, vous ne payez pas les 75,000 restant, le contrat sera résolu *de plein droit et sans sommation*, et que je garderai à titre de dommages et intérêts les 25,000 fr. déjà payés.

961. Quand la résolution doit être encourue de plein droit ou quand elle doit être encourue de plein droit et sans sommation, la partie qui est fondée à la demander ou à la faire valoir, peut, au moins quand il s'agit d'un contrat synallagmatique, invoquer ou la convention ou la loi ; il y a, en

(1) *Sic* Aubry et Rau, III, p. 84 ; Larombière, III, p. 156 (art. 1184, n. 57) ; Demolombe, XXV, n. 556. — Req., 19 août 1824, S. chr., VII, 1. 520, col. 3. — Riom, 5 juillet 1841, S., 41. 2. 563. — Dijon, 22 janvier 1847, S., 48. 2. 206. — Req., 19 juin 1869, S., 69. 1. 405, D. P., 70. 1. 82. — V. aussi Guillouard, *Vente*, II, n. 585, p. 121. — Cpr. Troplong, *Vente*, II, n. 669. — *Contra* Delvincourt, III, p. 386 ; Duranton, XVI, p. 376-377. — Bruxelles, 7 août 1811, *J. du Pal.*, 1812, p. 637. — Cpr. Colmet de Santerre, VII, n. 101 *bis*-III.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 105 *bis*-III ; Aubry et Rau, IV, p. 85 ; Demolombe, XXV, n. 558 ; Laurent, XVII, n. 168 ; Huc, VII, n. 281, p. 378. — Paris, 28 thermidor an XI, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1202-3°. — Paris, 22 avril 1831, S., 31. 2. 162. — Bruxelles, 18 janvier 1842, *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1206-6°, *Pasicrisie*, 42. 2. 274. — Caen, 16 déc. 1843, S., 44. 2. 97. — *Adde* Duranton, XVI, n. 376 ; Guillouard, *Vente*, II, n. 586.

effet, dans chacun de ces cas, à la fois résolution conventionnelle et résolution judiciaire, et, par conséquent, deux droits distincts. Aussi la partie qui a échoué en justice lorsqu'elle a prétendu que le contrat avait été résolu de plein droit, ne cesse pas pour cela d'être recevable à demander la résolution judiciaire, car il n'y a pas chose jugée quant à celle-ci. Les deux demandes, n'ayant pas la même cause, peuvent être formées successivement [1].

962. Nous avons supposé jusqu'ici que les parties avaient, par une clause spéciale, aggravé la rigueur du pacte commissoire. Mais il leur est permis, en sens inverse, de stipuler dans le contrat même que la résolution de celui-ci ne pourra pas être demandée pour cause d'inexécution des obligations. Cette stipulation sans doute ne se rencontre guère dans la pratique, mais elle n'a certainement rien de contraire à l'ordre public et devrait faire la loi des parties.

Elle est d'ailleurs susceptible de recevoir une portée plus ou moins grande. D'abord, en effet, les contractants peuvent écarter la résolution soit pour tous les cas d'inexécution, soit pour un ou plusieurs cas déterminés. Ils peuvent, d'autre part, soit enlever à l'une des deux parties seulement le droit de demander la résolution, soit convenir que ce droit n'appartiendra ni à l'une, ni à l'autre des parties. Aucune de ces clauses ne saurait être considérée comme illicite [2].

APPENDICE

DE L'EXCEPTION « NON ADIMPLETI CONTRACTUS »

963. D'après la plupart des législations allemandes [3], la résolution des contrats ne forme pas le droit commun pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à son engagement. C'est ce qui explique la façon dont s'est développé dans les pays soumis à ces législations l'emploi de l'exception *non*

[1] Laurent, XVII, n. 169-170. — Bruxelles, 5 juillet 1826, *Pasicrisie*, 26, p. 223. — Bruxelles, 12 mars 1866, *Pasicrisie*, 66. 2. 167.

[2] Troplong, *Vente*, n. 522; Larombière, III, p. 113 (art. 1884, n. 25); Demolombe, XXV, n. 546.

[3] V. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, n. 179, p. 191.

adimpleti contractus, empruntée au droit romain [1]. En quoi consiste cette exception? Etant donné un contrat synallagmatique, la partie poursuivie en paiement peut, si, de son côté, le demandeur n'a pas encore payé, refuser de s'exécuter. Ce qu'elle demande, ce n'est point que le contrat soit anéanti, mais simplement que l'exécution de son obligation soit ajournée. Elle invoque donc par là même le maintien du contrat, car si elle oppose un refus provisoire, c'est précisément afin que le contrat soit exécuté des deux côtés. Or, au point de vue pratique, l'ajournement qu'elle demande présente cette haute importance que, grâce à lui, l'adversaire est mis dans la nécessité de remplir son engagement [2]. Cela suppose évidemment que la convention n'accorde pas au demandeur un terme pour se libérer. Ce système a été notamment consacré par le code civil allemand, qui l'appelle « l'exécution trait pour trait » [3]. On lit dans ce code : « Celui qui est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique peut refuser de faire la prestation qui lui incombe jusqu'à exécution de la contre-prestation, à moins qu'il ne soit obligé de prester d'abord. Si la prestation doit être faite à plusieurs ayant-droit, la partie revenant à chacun peut lui être refusée jusqu'à exécution de la contre-prestation entière ». Art. 320, al. 1er [4]. Cette disposition est ainsi complétée par celle de l'art. 322, al. 1er : « Si, en exécution d'un contrat synallagmatique, l'une des parties réclame en justice la prestation qui lui est due, l'exercice du droit appartenant à l'autre partie de refuser la prestation jusqu'à exécution de la contre-prestation n'a d'autre effet que de faire condamner cette autre partie à exécuter trait pour trait » [5].

964. L'exception *non adimpleti contractus* existe certainement en droit français. Aucun texte de notre législation, il est vrai, n'en pose formellement le principe général. Mais qu'importe! Elle n'est qu'une forme spéciale de l'exception

(1) V. Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 2e édit., p. 522, note 1.

(2) Saleilles, *Du refus de paiement pour inexécution de contrat,* étude de droit comparé, dans les *Annales de dr. comm. franç., étr. et intern.*, 1892-1893, doctrine, n. 9 (tirage à part, p. 16).

(3) *Erfullung zug um zug.*

(4) Trad. de Meulenaere, p. 87. — Cpr. *C. féd. oblig.*, art. 95.

(5) Même trad., p. 88.

de dol; elle était donc, en droit romain, sous-entendue dans les contrats de bonne foi. Or, en droit français, tous les contrats présentent ce caractère. On peut dire, d'ailleurs, que la disposition de l'art. 1184 implique l'existence de l'exception *non adimpleti contractus*, car, suivant la formule de M. Charmont, il résulte de cette disposition que chaque contractant est autorisé « à considérer ce qu'il doit comme une garantie de ce qui lui est dû » (1). Ainsi, tant que l'une des parties refuse d'exécuter son obligation, l'autre partie peut faire de même. Sans quoi ce qu'elle doit cesserait de lui garantir ce qui lui est dû.

Notre solution est d'autant moins douteuse que le droit de demander la résolution, tout en étant fondé sur la même idée que l'exception *non adimpleti contractus*, est évidemment beaucoup plus énergique, beaucoup plus rigoureux que celle-ci. On peut dire que ce droit n'est pas autre chose que l'exception renforcée et même très renforcée. Il est donc inadmissible que les contractants, lorsqu'ils sont autorisés par la loi à demander la résolution, ne puissent pas également et à plus forte raison refuser l'exécution aussi longtemps qu'on la leur refuse.

D'ailleurs, à moins que l'une des personnes obligées par un contrat synallagmatique n'ait obtenu l'avantage d'un terme, quel motif pourrait-on invoquer pour soutenir que l'une doit exécuter le contrat avant l'autre? En pareil cas, on ne peut raisonnablement se prononcer que pour l'exécution simultanée des obligations réciproques. Or, cette décision suppose forcément l'existence de notre exception, car, opposer cette dernière, c'est tout simplement exiger l'exécution simultanée. On voit donc que l'exception *non adimpleti contractus* rentre dans les effets naturels du contrat synallagmatique. Le moyen dont nous parlons n'est pas autre chose que l'exercice sous forme d'exception de l'action du contrat. Il est donc évident que, dans notre droit, l'emploi de ce moyen est aussi légitime que celui de l'action elle-même (2).

(1) Charmont, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, nouv. sér., XXVIII, 1899, p. 68.

(2) Tout cela a été très nettement vu par M. Larombière, quoique cet auteur ne prononce pas le nom d'exception *non adimpleti contractus*. Voir son traité, III,

On trouve, au surplus, une application de notre principe dans l'art. 1612, ainsi conçu : « *Le vendeur n'est pas tenu de* » *délivrer la chose, si l'acheteur n'en paie pas le prix et que* » *le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement* ». Et tous les auteurs reconnaissent que, réciproquement, l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix si le vendeur ne délivre pas la chose. Arg. art. 1653. Il va de soi qu'il en est de même pour toutes les autres obligations de donner. Or, si l'exception *non adimpleti contractus* existe dans les obligations de cette classe, il n'y a aucune raison pour qu'elle n'existe pas aussi dans les obligations de faire.

Pour toutes ces raisons, il est incontestable que cette exception peut être opposée sous l'empire de notre législation [1].

965. Le droit d'user de l'exception *non adimpleti contractus* est habituellement désigné chez nous par le nom de droit de rétention. Cette expression est de nature à faire naître une confusion. Le droit de rétention, tel qu'il est compris par la doctrine et la jurisprudence françaises, trouve sa raison d'être dans la connexité qui existe entre la dette du rétenteur

p. 99 (art. 1184, n. 12) et p. 266 (art. 1186, n. 37). On lit dans le second de ces passages : « Lorsque des engagements corrélatifs existent réciproquement sans fixation d'exigibilité, l'exécution doit, de part et d'autre, s'en faire simultanément. Car aucune des parties ne peut être contrainte à exécuter son engagement avant que l'autre n'exécute le sien. Aucune d'elles n'ayant suivi la foi de l'autre, elles sont également en droit de s'en tenir rigoureusement à une exécution simultanée. Il n'y a ainsi que l'exécution d'un côté qui crée l'exigibilité de l'autre ; et de là il suit que le retard de l'une des parties produit le bénéfice d'un terme en faveur de l'autre ».

[1] Saleilles, *op. cit.*, n. 92 (tirage à part, p. 121) ; Planiol, *Note* sous Req., 1er déc. 1897, postcité ; Charmont, *op. cit.*, p. 68. — V. aussi Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, 1e édit., IV, n. 199-200, p. 202-204 (en droit italien la question se présente exactement dans les mêmes conditions). — V. dans ce dernier auteur, même vol., p. 203, note 2, de nombreuses décisions, rendues par les tribunaux italiens. — Une décision récente pourrait faire supposer que la Chambre des requêtes a nié l'existence en droit français de l'exception *non adimpleti contractus*. Dans l'espèce, l'une des parties avait interrompu l'exécution de ses obligations, et, pour justifier sa conduite, elle excipait de ce fait que l'autre partie avait refusé de remplir ses engagements. A ce sujet, la cour suprême déclare que les parties « ne pouvaient rompre, de leur propre autorité, un contrat qui n'a point cessé d'exister ». Req., 1er déc. 1897, D. P., 98. 1. 289. C'est incontestable ; mais le fait par l'un des contractants de différer l'exécution tant que l'autre partie n'est pas disposée à y procéder de son côté, n'implique nullement la prétention de rompre le contrat. Il convient toutefois de faire observer que la solution adoptée par la cour d'appel pouvait se justifier par un autre motif. — V. Planiol et Charmont, *loc. cit.*

et celle de la personne à l'encontre de qui s'exerce la rétention. Mais il ne suppose pas nécessairement deux obligations contractuelles et corrélatives. Il a pour fondement, en effet, ce principe d'équité qu'on ne saurait être tenu de restituer un objet avant d'avoir été remboursé des dépenses qu'on a faites à l'occasion de celui-ci. « Or, dit M. Saleilles, au cas d'exception de refus de paiement, il ne s'agit pas seulement d'une faveur accordée par mesure d'équité à raison de la relation existant entre les dettes alléguées, il s'agit de l'exercice, sous forme d'exception, de l'action même du contrat, donc d'un droit dérivant du contrat lui-même, que la loi n'avait pas à accorder ni expressément ni tacitement, puisqu'il vient du contrat lui-même; c'est le droit à exécution simultanée » (1). Ainsi — et c'est là ce qu'il importe de remarquer — l'exception *non adimpleti contractus* est un droit inhérent à la nature même du contrat synallagmatique, tandis que le droit de rétention est un bénéfice.

L'intérêt de la distinction est, il est vrai, nul en France. Mais il est assez sérieux en Allemagne, sous l'empire du nouveau code civil, car, d'après celui-ci, le droit de rétention disparaîtra si une sûreté réelle est offerte à sa place (2).

966. Nous ne prétendons point, bien entendu, que l'exception *non adimpleti contractus* puisse être employée à raison de toute inexécution. Il importe que la faute de celui à qui on l'oppose présente une certaine gravité. Il faut approuver aussi cette disposition du code civil allemand : « Si la prestation a été partiellement exécutée d'une part, la contre-prestation ne peut être refusée, en tant que le refus serait contraire à la bonne foi : celle-ci s'apprécie eu égard aux circonstances et en particulier à la modicité relative de la partie restante » (art. 320, al. 2) (3). En bonne législation, comme le pense M. Charmont, ces restrictions sont nécessaires (4). Mais, à

(1) Saleilles, *Du refus de paiement pour inexécution de contrat*, n. 92, al. 2 (tirage à part, p. 121); *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, p. 181-182, n. 171.

(2) « Le créancier peut empêcher l'exercice du droit de rétention en fournissant des sûretés. Celles-ci ne peuvent consister en un cautionnement ». Art. 273, al. 3 (trad. de Meulenaere, p. 75).

(3) Traduction de Meulenaere, p. 88.

(4) *Op. cit.*, même vol., p. 69.

notre avis, en l'absence d'une réglementation de l'exception *non adimpleti contractus,* par exemple, sous l'empire du code civil français, les tribunaux peuvent et doivent les admettre. Ils ont ici le même pouvoir d'appréciation qu'en ce qui regarde l'application de l'art. 1184.

A plus forte raison un contractant n'a-t-il pas le droit d'invoquer cette exception quand le refus d'exécution opposé par l'autre partie est légitime. Alors, en effet, ce refus ne suppose aucun dol, et, par conséquent, l'exception *non adimpleti contractus,* qui, nous l'avons dit, n'est qu'une forme spéciale de l'exception de dol, ne s'expliquerait pas (1).

967. Mais que doit prouver la partie qui oppose l'exception *non adimpleti contractus?* Doit-elle établir que le demandeur n'a pas exécuté ses engagements? Non, il lui suffit d'établir l'existence de sa créance, et, une fois cette preuve faite, c'est au demandeur de justifier de sa libération. Telle est la solution qui a prévalu en droit allemand (2), et nous croyons qu'elle doit être admise également sous l'empire de notre législation (3). En effet le défendeur, en opposant l'exception, se prévaut simplement de ses droits de créancier. Le fondement de l'exception, c'est la créance qu'il a contre l'adversaire. Il n'est pas exact de dire que c'est le non paiement de la dette de ce dernier. Le défendeur n'a donc qu'à établir l'existence de sa créance, et, pour cela, il lui suffit d'invoquer les clauses du contrat (4).

SECTION II

DES OBLIGATIONS A TERME

I. *Notions générales.*

968. Le terme est un délai fixé pour l'exécution d'une obligation.

(1) Charmont, *loc. cit.;* Giorgi, *op. cit.,* IV, n. 202, p. 206.

(2) Saleilles, *Du refus de paiement pour inexécution de contrat,* n. 13-14 (tirage à part, p. 21-25); *Essai d'une théorie générale de l'obligation,* p. 183-184, n. 172.

(3) Saleilles, *Du refus de paiement pour inexécution de contrat,* n. 93 (tirage à part, p. 122).

(4) Saleilles, *op. cit.,* n. 14 (tirage à part, p. 24). — Cpr. Giorgi, *op. cit.,* IV, n. 203, p. 206-209.

Il est certain ou incertain, suivant que l'époque à laquelle il doit arriver est connue d'avance ou non [1].

L'événement qui serait incertain quant à sa réalisation même, et non pas seulement quant à l'époque où il devrait avoir lieu, constituerait une condition et non un terme. Ainsi je promets de vous payer une certaine somme quand je me marierai ; c'est un engagement conditionnel, bien que la formule paraisse annoncer un engagement à terme [2].

969. Mais, lorsque le débiteur s'est engagé à payer *quand il le pourra,* l'obligation doit être considérée comme affectée d'un terme incertain et non pas d'une condition potestative ; car les clauses susceptibles de deux sens doivent être interprêtées dans celui avec lequel elles peuvent produire un effet Art. **1157**. Le créancier pourra donc faire déterminer par le juge le moment où le débiteur devra exécuter l'obligation. Arg. art. **1901** [3].

970. Nous en dirons de même de la promesse que fait une personne de payer *quand elle voudra.* Sans doute, dans cette hypothèse, le créancier ne peut pas contraindre le débiteur à le payer, car la formule même de l'engagement s'y oppose. Mais, à la mort du débiteur, il pourra poursuivre ses héritiers, car le paiement n'a pas été subordonné à la volonté de ces derniers, et, d'ailleurs, si l'on se prononçait autrement,

(1) En droit romain, à l'époque classique, certaines formules de terme incertain rendaient l'obligation nulle. V. Accarias, *op. cit.*, 4e éd., II, n. 528, p. 95, note 3.

(2) En droit romain, *Dies incertus in testamento conditionem facit.* V. Accarias, *op. cit.*, 4e édit., I, n. 324, p. 862, et n. 384, p. 1045. — Sur le terme incertain dans les legs, en droit français, voir Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donat. et testam.*, III, n. 2839. — V. aussi Aubry et Rau, VII, p. 473, texte et note 4; Demolombe, XXII, n. 311-312; Laurent, XIII, n. 535-536; Huc, VI, n. 388; Vigié, II, n. 858.

(3) Demolombe, XXV, n. 577; Aubry et Rau, IV, p. 86; Larombière, III, p. 242 (art. 1186, n. 5); Laurent, XVII, n. 175. — Cpr. Besançon, 2 août 1864, S., 65. 2. 45. — Dans cet ordre d'idées, il a été fort bien jugé que la convention par laquelle un débiteur, à qui son créancier a fait remise de la dette « déclare *sur sa conscience* qu'il le désintéressera *si la fortune vient à lui sourire* » peut être considérée comme ne renfermant pas simplement un engagement d'honneur, mais comme donnant naissance à une obligation civile. D'où cette conséquence que, lorsque les juges croient devoir interpréter cette clause dans le dernier sens, il leur appartient de décider si la situation pécuniaire du débiteur lui permet actuellement de se libérer. — Aix, 11 juin 1872, S., 73. 1. 127, sous cass., D. P., 73. 2. 177.

l'exécution de l'obligation serait indéfiniment remise, contrairement aux termes même de la convention [1].

971. Mais, bien entendu, la solution que nous venons de donner suppose qu'il ne résulte pas des expressions employées par les parties ou des circonstances du fait qu'en promettant de payer *quand on pourra* ou *quand on voudra,* on a entendu exclure toute obligation juridique et contracter seulement un engagement d'honneur [2].

972. On distingue le terme de droit et le terme de grâce [3].

a. Le terme *de droit* est ainsi nommé, parce qu'il constitue pour celui auquel il appartient un droit, et non une faveur. Il peut être légal ou conventionnel.

Légal, lorsqu'il résulte d'une disposition législative. On peut citer comme exemple les délais que divers décrets rendus en 1870 et en 1871 accordèrent, pour le paiement des loyers, aux locataires habitant le département de la Seine.

Conventionnel, lorsqu'il résulte de la convention des parties. Le terme conventionnel peut être exprès ou tacite. Il est exprès, quand il est formellement stipulé ; tacite, lorsqu'il résulte de quelqu'une des clauses de la convention, par exemple de la détermination du lieu où l'exécution doit être faite [4].

b. Le terme *de grâce* est ainsi nommé, parce qu'il constitue pour le débiteur une faveur individuelle, qui peut lui être refusée ; c'est celui que le juge est autorisé dans certains cas à accorder au débiteur [5]. Nous en avons trouvé un exemple dans l'art. 1184 al. 3. Nous en trouverons d'autres dans les art. 1244, 1655 et 1900 [6].

(1) Aubry et Rau, Demolombe et Larombière, *loc. cit.* ; Laurent, XVII, n. 176. — Paris, 15 mars 1823, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1262 ; 11 mai 1857, S., 58. 2. 425.

(2) Demolombe, XXV, n. 576.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 229 (édit. Dupin, I, p. 115). — V. art. 1173, al. 1er C. civ. ital.

(4) V. sur le terme tacite en droit romain, Accarias, 4e éd., II, n. 527.

(5) Anciennement les délais de grâce étaient accordés par le roi au moyen de *lettres d'Etat* ou de *lettres de répit.*

(6) Sur le terme de grâce, voyez le commentaire de l'art. 1244.

973. La distinction du terme de droit et du terme de grâce présente de l'intérêt aux points de vue suivants : d'abord le terme de grâce, à la différence du terme de droit, ne fait pas obstacle à la compensation. Art. **1291**. De plus, d'après nous du moins, il ne s'oppose pas à ce que le créancier puisse pratiquer une saisie-arrêt (1). Enfin les dispositions des art. **1187** et **1188**, que nous étudierons bientôt, sont exclusivement relatives au terme conventionnel.

974. La modalité à laquelle le législateur donne le nom de terme est relative à l'époque du paiement. Mais il peut encore y avoir terme en ce sens que l'arrivée d'une certaine époque doit par elle-même mettre fin à un contrat. Ce terme est quelquefois appelé terme extinctif. Lorsqu'il a été stipulé expressément, il opère de plein droit, et, par conséquent, sans être prononcé par la justice (2). Mais on peut convenir qu'il sera prorogé (3). On trouve des cas de cette espèce de terme dans le louage, la société, le prêt et, plus généralement, dans tous les contrats dont les effets sont limités à une certaine durée. V. art. **1709**, **1843**, **1844**, **1875**, **1888**. Citons encore, à titre d'exemple, l'ouverture de crédit faite pour un temps déterminé. Mais, à vrai dire, dans ces divers cas, c'est au contrat même, et non pas à l'obligation, que le terme est directement apposé. Seulement, lorsque le contrat prend fin par l'arrivée du terme, l'obligation disparaît par voie de conséquence (4).

Nous n'aurons pas, dans les explications qui vont suivre, à nous occuper du terme ainsi entendu.

(1) V. *infra*, n. 995.

(2) Demolombe, XXV, n. 560; Laurent, XVII, n. 179; Huc, VII, n. 282, p. 380. — A Rome, d'après l'ancien droit civil, le caractère de perpétuité des obligations s'opposait à ce que le terme extinctif produisit son effet. Ce terme était donc considéré comme non avenu. Mais, dans la suite, le préteur, par respect pour la volonté des contractants, accorda au débiteur que le créancier poursuivait après l'échéance du terme extinctif une exception *pacti conventi* ou *doli mali*. L. 44, § 1, D., *Des oblig.*, XLIV, 7. — V. sur cette question Accarias, II, *op. cit.*, n 530-531.

(3) Huc, *loc. cit.*

(4) Demolombe, *loc. cit.*

II. *Dans l'intérêt de qui le terme est-il présumé stipulé ?*

975. En faveur de qui le terme est-il établi ? Avant d'indiquer comment le législateur s'est prononcé sur ce point, nous tenons à dégager l'intérêt pratique de la question : si le terme est convenu dans l'intérêt du débiteur seul, celui-ci a le droit de payer par anticipation. Le créancier, au contraire, ne peut pas, avant l'échéance, demander l'exécution de l'obligation. Si le terme est exclusivement stipulé en faveur du créancier, ce dernier peut immédiatement exiger le paiement, mais le débiteur n'est pas admis à le lui imposer. Enfin, si le terme est établi pour l'avantage commun des parties, l'une d'elles n'a pas le droit d'y renoncer au préjudice de l'autre ; c'est dire que le paiement ne peut pas avoir lieu par anticipation si les deux contractants ne se mettent pas d'accord sur ce point (1).

Ceci posé, voici comment la loi résout la question : « *Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier* ». Art. **1187.** Le plus souvent c'est au profit du débiteur que le terme est stipulé, et, comme la loi présume volontiers ce qui a lieu ordinairement, notre article dispose que le terme est toujours *présumé* stipulé dans l'intérêt du débiteur. Au surplus, cette solution découle aussi de la disposition de l'art. **1162**, d'après laquelle les clauses douteuses doivent s'interpréter en faveur de celui qui s'est obligé (2). La règle contenue dans l'art. **1187**

(1) Même distinction en droit romain, v. Accarias, *op. cit.*, II, n. 529, p. 97.

(2) Il s'ensuit qu'en principe le débiteur, pour imposer le remboursement au créancier, n'a qu'à offrir à celui-ci, en sus du capital, les intérêts échus jusqu'au jour où il veut rembourser. Bien évidemment il n'est pas tenu d'ajouter le montant des intérêts qui auraient couru depuis cette époque jusqu'à l'échéance, car, s'il en était autrement, on ne pourrait vraiment pas dire que le terme a été stipulé en sa faveur Duranton, qui a soutenu l'opinion contraire (XI, n. 109), est demeuré seul de son avis. Cette circonstance qu'au moment du contrat les intérêts auraient été englobés dans le capital ne modifierait point notre solution ; aussi, même alors, le débiteur qui voudrait se libérer avant l'échéance serait en droit de déduire de la somme totale fixée au contrat, le montant des intérêts qui représenteraient la jouissance postérieure au remboursement. Mais, sauf le cas où le montant de l'obligation comprend à la fois le capital et les intérêts englobés, il faudrait adopter

est traditionnelle ; elle a été empruntée à Pothier [1], qui lui-même l'avait trouvée dans le droit romain [2].

Certaines législations étrangères ont adopté un autre système. Elles présument que le terme existe dans l'intérêt des deux parties. « Toutes les fois, dit le code civil espagnol, qu'un terme a été stipulé dans les obligations, il est présumé établi au profit du créancier et du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la teneur de celles-ci ou d'autres circonstances qu'il a été mis en faveur de l'un ou de l'autre ». Art. 1127. C'était déjà le système du code prussien (1re part., tit. 16, art. 56), du code civil autrichien (art. 1413), du code civil argentin (art. 570). La présomption admise par ces législations repose sur cette idée que la convention faisant la loi des parties, toutes ses clauses doivent être réputées les obliger l'une et l'autre. L'idée qui sert de base au système français est, on l'a vu, toute différente.

976. Cependant, sous l'empire de notre code civil, le terme est quelquefois, par exception, établi au profit du créancier. Cela peut résulter soit d'une disposition légale, soit des termes de la convention, soit des circonstances.

977. 1° *D'une disposition légale :* Cela suppose que la loi déroge au droit commun à raison de la nature du contrat. C'est ainsi qu'il est fait exception au principe de l'art. 1187 en ce qui concerne le dépôt. Art. 1944. Cette dérogation est fondée sur le motif suivant : Le dépositaire n'ayant aucun intérêt à conserver pendant un certain temps la chose déposée, puisqu'il n'a pas le droit de s'en servir (art. 1930) et qu'il ne reçoit aucun salaire (art. 1917), il est clair que le terme qui a été fixé pour la restitution du dépôt n'a pu être stipulé qu'en faveur du déposant, du créancier par conséquent [3].

978. 2° *Des termes de la convention :* C'est l'hypothèse que

la solution qui est formulée en ces termes par le *Code fédéral des obligations :* « Il (le débiteur) n'a le droit de déduire un escompte que s'il y est autorisé par la convention ou par les usages du commerce ». Art. 94 *in fine*. Chez nous, cette solution découle des principes généraux.

[1] *Oblig.*, n. 233. — Cpr. Fenet, XIII, p. 245 et 328 ; Locré, XII, p. 343, n. 73.

[2] L. 17, D., *De reg. jur.*, L. 17 ; l. 41, § 1, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1. — V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 529 ; Girard, *op. cit.*, p. 459.

[3] C'était la solution du droit romain. L. 1, § 22, D., *Depositi*, XVI, 3.

vise le législateur quand il dit qu'il peut résulter de la *stipulation* que le terme a été convenu en faveur du créancier. Il suppose donc que les parties ont manifesté formellement leur intention à cet égard ; à l'appui de cette interprétation de la loi, on peut invoquer les arguments suivants : D'abord, on entend toujours par *stipulation* une formule exprimée oralement ou par écrit. Puis il est éminemment vraisemblable qu'en employant ce mot, le législateur vise la dérogation expresse à la règle de l'art. 1187, puisque, par le mot *circonstances,* qui vient après, il vise certainement la dérogation tacite à la même règle. Enfin, tel était bien, d'après le tribun Favart, le sens de notre disposition, puisqu'il en donnait cette explication : « Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, *si le contraire n'est pas écrit dans le contrat* » (1). Ainsi, en décidant qu'il peut résulter de la *stipulation* que le terme a été convenu en faveur du créancier, le législateur n'a pas voulu dire que la dérogation dont nous parlons peut, en l'absence d'une disposition légale qui la consacre, résulter de la nature même du contrat (2). Nous déduirons bientôt de cette idée d'importantes conséquences en ce qui concerne le terme convenu dans le prêt à intérêt et dans les contrats commerciaux en général.

979. 3° *Des circonstances,* autrement dit d'une clause tacite de la convention : Ainsi j'achète au mois de juin un chien courant *livrable le jour de l'ouverture de la chasse ;* il est clair que le terme fixé pour la livraison a été stipulé dans

(1) Fenet, XIII, p. 328 ; Locré, XII, p. 439, n. 63.

(2) Planiol, note sous trib. féd. suisse, 1er mars 1890, D. P., 92. 2. 170, col. 1. — Demolombe, XXV, n. 625. — Cette interprétation paraît bien avoir été adoptée par un jugement du tribunal cantonal de Vaud, en date du 16 mai 1894. On lit dans cette décision : « Qu'ainsi, pour se déterminer sur la question découlant de l'application de l'art. 883 C. civ. (l'art. 883 du code civil du canton de Vaud, aujourd'hui abrogé, était la reproduction littérale de notre article 1187), *les tribunaux n'ont pas à se préoccuper de la nature spéciale du contrat* qu'il s'agit d'interpréter, mais uniquement de la stipulation du titre lui-même et des circonstances », S., 95. 4. 8, col. 1. — MM. Aubry et Rau donnent à ces mots « à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances... » un sens beaucoup plus large, car ils les traduisent ainsi : « lorsqu'il résulte, soit des termes ou de la nature de la convention, soit des circonstances... ». IV, n. 90. Cette formule a été reproduite presque textuellement dans l'art. 94 du *C. féd. des oblig.*

mon intérêt ; j'ai voulu jusqu'au jour de l'ouverture m'exonérer des frais de la nourriture et des ennuis de la garde d'un animal dont je ne puis encore me servir [1].

980. Quelquefois enfin le terme est convenu pour l'avantage du créancier et du débiteur tout à la fois [2].

Assez souvent, dans le prêt à intérêt, il résultera d'une clause expresse ou tacite que telle a été l'intention des contractants. Ajoutons que le juge est naturellement amené dans beaucoup de cas à admettre cette interprétation, car si, d'une part, il importe au débiteur de pouvoir conserver jusqu'à l'expiration du terme fixé la jouissance du capital prêté, il importe, d'autre part, au créancier de ne pas être remboursé avant l'échéance, parce qu'il ne trouverait peut-être pas de ses fonds un placement aussi profitable [3].

C'est ainsi que, la plupart du temps, les circonstances dans lesquelles sont consentis les prêts hypothécaires doivent faire considérer le terme fixé dans ces contrats comme stipulé au profit des deux parties. Presque toujours la personne qui prête sur hypothèque est uniquement guidée par le désir de tirer de son argent le meilleur parti possible ; elle n'a aucune raison de vouloir rendre service à l'emprunteur, et, suivant

(1) Sur la question en droit romain, V. Accarias, *loc. cit.*

(2) C'est ainsi que le porteur d'une lettre de change ne peut, avant l'échéance, ni réclamer le paiement, ni être contraint à le recevoir. Art. 146 C. com. — V. *infra*, n. 982, p. 148. — Il en est de même du porteur d'un billet à ordre. Art. 187, al. 1, 6 et 11 C. com.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 90, note 21. — Il en est surtout ainsi quand il s'agit de prêts faits pour une longue durée. Huc, VII, p. 384. — Cpr. Virgile Rossel, *Man. du droit féd. des oblig.*, n. 112. — Lorsque, dans le prêt à intérêt, le terme est stipulé au profit des deux parties, l'emprunteur ne peut pas contraindre le prêteur à recevoir le remboursement avant l'échéance, même en lui tenant compte des intérêts jusqu'à cette époque. En effet cela n'empêcherait pas qu'en lui imposant le remboursement par anticipation, l'emprunteur violerait la convention qui fait la loi des parties. Cette raison est suffisante. — Laurent, XVII, n. 182. — On peut faire valoir, au surplus, qu'il importe beaucoup au prêteur de ne pas recevoir son capital à un moment où il serait embarrassé pour en trouver l'emploi, et que la solution contraire à la nôtre permet à l'emprunteur de profiter, pour rembourser le prêteur, des crises financières qui ont eu pour conséquence de déprécier les valeurs, peut-être même de faire mettre en circulation du papier-monnaie. — Demolombe, XXV, n. 630 — Cpr. Toullier, III, n. 677 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 386, note 14 ; Larombière, III, p. 279 (art. 1187, n. 5). — V. en sens contraire Duranton, XI, n. 109.

toute vraisemblance, elle entend lui faire la loi autant qu'elle le pourra. Souvent même le prêteur ne connaît pas l'emprunteur, et, s'il traite avec lui, c'est parce que le notaire qui reçoit l'acte les a mis en rapport l'un avec l'autre (1).

981. Mais si l'on doit reconnaître qu'en fait, dans le prêt à intérêt, le terme est souvent convenu au profit des deux parties, il ne faut point aller jusqu'à dire qu'il en est forcément ainsi, en d'autres termes qu'il en est ainsi à raison de la nature même du contrat. En effet, dans l'art. **1187**, le législateur dispose d'une façon absolue que « le terme est *toujours* présumé stipulé en faveur du débiteur », et, comme nous l'avons dit, les exceptions qu'il apporte à cette règle ne permettent pas à l'interprète de décider, à raison de la nature même d'un contrat, que le terme a été stipulé au profit du créancier (2). Il se peut d'ailleurs, vu le lien de parenté ou les relations d'amitié qui existaient entre les parties, ou, plus généralement, vu les sentiments dont le prêteur était animé à l'égard de l'emprunteur, que le preneur, nonobstant la stipulation d'intérêts, n'ait obéi qu'au désir de rendre service au second. Mais, alors même qu'il en serait autrement, les tribunaux ne sont pas tenus de déroger à la règle de l'art. **1187**. Celle-ci demeure applicable en principe. Il appartient aux juges du fait de décider si, vu les circonstances, elle doit être écartée (3).

982. La présomption établie par l'art. **1187** ne cesse pas d'être applicable par cela seul qu'il s'agit d'un contrat commercial, car il n'existe pas de disposition générale qui l'écarte en pareille matière. Sans doute, aux termes de l'art. 146 C. co., « Le porteur d'une lettre de change ne peut pas être contraint d'en recevoir le paiement avant l'échéance », et il résulte de l'art. 187, al. 1, 6 et 11, du même code, qu'il en est de même pour le porteur d'un billet à ordre. Mais ces deux dispositions

(1) Planiol, note précitée, p. 171, col. 1 *in fine*.

(2) V. *supra*, p. 145, n. 978. — A plus forte raison, en l'absence de toute clause contraire, ne pourrait-on pas décider que l'acheteur d'un immeuble n'a pas le droit de se libérer avant le terme qui lui a été accordé dans le contrat. — Nancy, 5 août 1871, S., 71. 2. 158, D., 72. 2. 77.

(3) V. *infra* la jurisprudence citée en note sous le n. 984.

sont particulières à ces effets de commerce, et le fait même qu'elles ont été écrites, nous autorise à dire qu'en principe la présomption de l'art. 1187 existe en matière commerciale comme en matière civile, puisque le législateur, voulant l'écarter en ce qui concerne la lettre de change et le billet à ordre, a cru devoir s'en expliquer formellement. En fait, sans doute, la plupart du temps, il est d'un grand intérêt pour les commerçants d'être fixés sur l'époque où leurs capitaux deviendront disponibles. Cela leur permettra de prendre les mesures pour qu'il en soit fait emploi sans retard. Souvent, par suite, à raison des circonstances, les juges décideront que le terme a été stipulé aussi bien en faveur du créancier qu'en faveur du débiteur. Nous reconnaissons même que, dans ce cas, ils doivent facilement admettre que le terme a été convenu dans l'intérêt des deux parties. Mais la présomption établie par l'art. 1187 n'en subsiste pas moins en matière commerciale [1].

Il en résulte la conséquence suivante : la décision par laquelle les juges du fait, en l'absence d'une clause expresse ou tacite dérogeant au principe de l'art. 1187, appliquent à un contrat commercial la présomption dont il s'agit, ne saurait être censurée par la cour de cassation.

983. Cependant la plupart des auteurs qui ont prévu la question enseignent qu'en matière commerciale, la présomption de l'art. 1187 n'existe pas [2]. Elle serait remplacée par cette autre présomption que, dans les contrats commerciaux, le terme est stipulé au profit des deux parties. Le *Traité de droit commercial* de Pardessus est, à notre connaissance, le premier livre où cette opinion ait été exprimée : « Comme les commerçants, dit Pardessus, ne font souvent des opérations que dans l'intention d'être payés ou livrés à des époques certaines pour lesquelles ils se tiennent prêts, le terme de paiement ou d'exécution de leurs engagements est *présumé* stipulé en faveur du créancier autant que du débiteur. La loi l'a expres-

[1] Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, III, n. 37, p. 34. — Cpr. Nancy, 10 juillet 1882, S., 83. 2. 237, D. P., 83. 2. 165.

[2] On cite souvent dans ce sens Duranton, XI, n. 106 et 107, et Delvincourt, II, p. 494; mais ces deux auteurs parlent exclusivement du billet à ordre et de la lettre de change.

sément décidé dans certains cas, et *l'on ne peut croire qu'elle ait voulu exclure les autres. L'intérêt du commerce exige que cette présomption existe sans distinction,* de telle manière que ce ne soit pas au créancier qui refuse, mais au débiteur qui veut anticiper le paiement, de prouver ou qu'il a été dérogé à la règle par une convention ou que l'usage l'y autorise... » (1). La plupart des auteurs qui ont écrit dans la suite se sont conformés à l'avis de Pardessus (2).

Deux arguments sont invoqués en ce sens : l'un est tiré de la tradition ; l'autre est un argument d'analogie, fondé sur les dispositions des art. 146 et 187 C. co. Pour établir l'existence de la tradition, on cite la déclaration du 28 novembre 1713 et celle du 20 février 1714, ainsi qu'un passage de Pothier. Pas autre chose. Mais ces deux déclarations ordonnaient simplement que les débiteurs des lettres ou billets de change payables au porteur ou à ordre et des billets et promesses valeur en marchandises ne pourraient obliger les porteurs d'en recevoir le paiement avant l'échéance du terme (3). Et le passage de Pothier est ainsi conçu : « Le terme de paiement porté *par lettres de change* est réputé apposé aussi bien en faveur du créancier propriétaire de la lettre que du débiteur. *Déclaration du 28 novembre 1713* » (4). La portée des paroles de Pothier est donc aussi restreinte que celle de la déclaration de 1713, dont il se borne à résumer la disposition. Ainsi la tradition n'est relative qu'à certains effets de commerce. Son domaine n'est pas plus étendu que celui des art.

(1) *Dr. comm.*, I, n. 187.

(2) Toullier décide que : « Dans les obligations relatives aux affaires de commerce le terme est *présumé* convenu en faveur du débiteur ». VI, n. 679. — Massé et Vergé sur Zachariæ s'expriment à peu près de même : « En général, disent-ils, dans les matières commerciales, le terme est *présumé* stipulé dans l'intérêt commun du débiteur et du créancier, *à moins de circonstances particulières* desquelles il résulterait qu'il a été établi dans l'intérêt de l'un ou de l'autre... ». III, p. 385, § 527, note 7. — D'autres auteurs, s'ils n'emploient pas le mot même de présomption, n'en formulent pas moins d'une façon aussi nette la même idée : « Le terme, dit M. Larombière, est censé stipulé en faveur du débiteur et du créancier, lorsqu'il s'agit d'effets de commerce et, en général, de toute espèce de promesse commerciale ». III, p. 278 (art. 1187, n. 4). — V. aussi Massé et Vergé, *Dr. comm.*, III, n. 1860.

(3) Rapportées dans le *Recueil de Jousse*, II, p. 514.

(4) *Oblig.*, n. 233 *in fine* (édit. Dupin, I, p. 117).

146 et 187 al. 6 de notre code de commerce. On ne peut donc pas induire de cette tradition l'existence de la présomption admise par la plupart des auteurs modernes.

Quant à l'argument d'analogie fondé sur les art. 146 et 187 al. 6 C. co., il n'autoriserait point à généraliser, en matière commerciale, la disposition de ces articles, alors même que les motifs de cette disposition se rencontreraient dans tous les contrats commerciaux. En effet, les art. 146 et 187 al. 6 C. co. dérogent au principe écrit dans l'art. 1187 C. civ., c'est-à-dire au droit commun. Ils établissent des exceptions (1). Or les exceptions ne peuvent pas s'étendre par analogie, même quand les raisons de décider sont identiques. Pour les contrats commerciaux en général, il n'y a pas de texte dérogeant au principe. C'est dire que la présomption de l'art. 1187 leur est applicable.

Au surplus, l'exception consacrée par les art. 146 et 187 al. 6 C. co. ne s'explique pas, comme on le prétend, par des motifs qui existent pour tous les contrats commerciaux, mais bien par des raisons particulières à la lettre de change et au billet à ordre. Il est essentiel que ces effets de commerce puissent circuler avec la plus grande facilité. Or, très fréquemment, si les porteurs des lettres de change ou de billets à ordre ne comptaient pas avoir la faculté de les négocier jusqu'à l'échéance, ils n'en auraient pas accepté l'endossement. Ainsi, pour que la circulation de ces effets de commerce fût assurée, il fallait que l'époque du paiement fût connue à l'avance. Tel est le véritable motif de l'exception écrite dans les art. 146 et 187, al. 6 C. co. (2). Est-il besoin de faire remarquer qu'il ne se rencontre pas dans les cas auxquels on voudrait étendre l'exception ?

Enfin les auteurs dont nous combattons l'opinion ne se bornent pas à écarter, en matière commerciale, la présomption

(1) Nouguier, *Lettre de change*, II, n. 916 ; Boistel, *Précis de dr. comm*, 2e éd., n 541 ; Laurin, *Cours élém. de dr. comm.*, n. 770; Lyon-Caen et Renault, *Pr. de dr. com.*, I, n. 1191, p. 656, et *Tr. de dr. com.*, IV, n. 292, p. 205; Valabrègue, *Nouv. cours de dr. com.*, n. 275, p. 342; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, n. 1279, p. 718.

(2) Lyon-Caen et Renault, Thaller, *op.* et *loc. cit.*

de l'art. 1187; ils remplacent cette présomption par une autre; dans le silence de la convention ou à défaut de circonstances révélant chez les parties une intention contraire, le terme, dans les contrats commerciaux, serait présumé stipulé en faveur du créancier aussi bien qu'en faveur du débiteur. Cette présomption, si elle existait, ne pourrait avoir que le caractère de présomption légale; mais conçoit-on une présomption légale sans une loi qui l'établisse? (1).

984. Lorsqu'une personne du droit public (état, département, commune) ou lorsqu'une société commerciale ou industrielle, notamment une compagnie de chemins de fer, réalisant un emprunt au moyen d'une souscription publique, a émis des obligations remboursables par voie de tirages au sort, suivant les proportions fixées par un tableau d'amortissement inscrit au dos de chaque titre, le terme ainsi établi pour le remboursement de ces obligations doit-il être considéré comme ayant été stipulé aussi bien en faveur des créanciers qu'en faveur du débiteur?

On voit l'intérêt pratique de la question. Il est considérable. Si l'on se prononce pour l'affirmative, la société ou l'établissement emprunteur ne peut ni rembourser sa dette par anticipation, ni réduire le taux de l'intérêt au regard des obligataires. Il en est autrement si l'on adopte la négative (2).

(1) Si les partisans de la théorie que nous venons d'examiner envisageaient spécialement l'hypothèse de ventes commerciales à crédit, il est très probable qu'ils ne maintiendraient pas leur solution à l'égard de cette espèce de contrats. Toujours est-il que les auteurs qui ont traité de ces ventes enseignent comme une proposition incontestable que, dans ces contrats, le terme est, conformément au principe de l'art. 1187 C. civ., présumé convenu au profit du débiteur, c'est-à-dire de l'acheteur. Lyon-Caen et L. Renault, *Tr. de dr. com.*, III, n. 153. — Au cas de marchandises warrantées, le porteur du récépissé a le droit de payer, même avant l'échéance, la dette garantie par le warrant. L., 28 mai 1858, art. 6, al. 1. — Voir Lyon-Caen et L. Renault, *op. cit.*, III, n. 352.

(2) D'après les décisions suivantes, le terme, dans l'hypothèse, serait stipulé exclusivement en faveur du débiteur. Bordeaux, 21 août 1877, sous civ. cass. (rej. sur ce moyen), 29 juill. 1879, S., 80. 1. 109, D. P., 80. 1. 38. — Bruxelles, 18 fév. 1888, D. P., 89. 2. 221; 26 avril 1893, S., 96. 4. 15. — Trib. civ. Bruxelles, 9 fév. 1899, *Pasicr.*, 99. 3. 99 (nombreux renvois à la doctrine et à la jurisprudence belges). — Trib. civ. Bruges, 6 mars 1899, *Pasicr.*, 99. 3. 114. — Dans le même sens Trib. cantonal de Vaud, 16 mai 1894, S., 95. 4. 6 (l'art. 883 du C. civ. du canton de Vaud, aujourd'hui abrogé, était la reproduction littérale de notre art. 1187). — Mais d'autres décisions ont déclaré que, dans notre cas, le terme était convenu dans l'intérêt

La cour de cassation estime avec raison qu'il appartient aux juges du fait de trancher souverainement la question [1]. Elle a été appelée, il y a peu d'années, à se prononcer sur ce point, dans une affaire qui a eu beaucoup de retentissement. La compagnie des chemins de fer de l'Est prétendait avoir le droit de rembourser des obligations émises par elle dans les conditions indiquées plus haut. Le tribunal civil de la Seine, par son jugement du 18 juillet 1895, lui avait donné tort, en déclarant que le terme avait été convenu dans l'intérêt des deux parties. Sur l'appel interjeté par la compagnie, la cour de Paris, par son arrêt du 28 novembre 1895, confirma la décision des premiers juges. Le pourvoi soutenait qu'il y avait eu violation de l'art. 1187 et de l'art. 1134. Mais la cour suprême a répondu : « .. Attendu que l'arrêt attaqué, appréciant les stipulations des contrats de prêts passés entre la compagnie des chemins de fer de l'Est et ses obligataires...., et les circonstances dans lesquelles ces contrats ont été conclus, a déclaré que, d'après la commune intention des parties, les termes successifs de l'amortissement des titres, tels qu'ils avaient été déterminés dans lesdits contrats, excluaient le droit de remboursement anticipé facultatif revendiqué par la compagnie débitrice; attendu que cette déclaration est fondée sur une interprétation des conventions intervenues entre les parties qui n'en a ni dénaturé les termes, ni méconnu le caractère juridique; qu'il en résulte que la compagnie des chemins de fer de l'Est ne peut ni rembourser sa dette par anticipation, ni réduire le taux de l'intérêt de ses obligations au regard des défendeurs éventuels, et qu'en le décidant ainsi

des deux parties. — V. Paris, 28 nov. 1895, sous Req., 21 avril 1896, S., 97. 1. 481, D. P., 96. 1. 484. — Toulouse, 7 déc. 1897, S., 98. 2. 78. — *Adde* Trib. féd. suisse, 1er mars 1890 (dans cette décision le Tribunal rappelle qu'il s'était déjà prononcé deux fois dans le même sens), S., 90. 4. 1, D. P., 92. 2. 169; 13 nov. 1895, S., 96. 4. 15 (l'art. 1070 du C. civ. du Valais, texte applicable dans les deux dernières espèces, était, lui aussi, la reproduction littérale de notre art. 1187).

[1] Nous nous dispenserons, en conséquence, de discuter les arguments invoqués par chacune des deux opinions. Pour la critique de ces arguments, voir deux notes importantes, l'une de M. Planiol, dans D. P., sous Trib. féd. suisse, 1er mars 1890, précité, l'autre de M. Chavegrin, dans S., sous Req., 21 avril 1896, également précité. — V. aussi dans D., sous cette dernière décision, les observations de M. Voisin, conseiller-rapporteur.

l'arrêt attaqué, dont les motifs n'ont rien de contradictoire, n'a violé aucun des articles visés par le pourvoi » (1).

Il est d'autant moins douteux que, d'après la cour suprême, il s'agit ici d'une pure question de fait que, dans une précédente affaire, où les juges d'appel avaient, au contraire, appliqué le principe de l'art. 1187 à un emprunt contracté dans les mêmes conditions, elle avait déjà rejeté le moyen tiré de la prétendue violation de ce texte (2). Ainsi, quel que soit le sens dans lequel se prononce la décision qui lui est déférée, la cour de cassation refuse de la censurer.

985. La jurisprudence décide que le Crédit foncier de France peut invoquer à l'encontre de ses obligataires la règle posée dans l'art. 1187. Le doute est d'autant moins possible à cet égard que les dispositions du décret du 28 février 1852, qui constitue la loi organique de cette société, viennent corroborer l'argument tiré du principe général. D'une part, ce décret reconnaît expressément aux personnes qui ont emprunté au Crédit foncier, la faculté de se libérer par anticipation même en partie (art. 10), et, d'autre part, il dispose que la valeur des lettres de gage ou obligations émises par la société ne pourra pas dépasser le montant de ses prêts (art. 14). Il s'ensuit bien que le décret de 1852 a conféré au Crédit foncier le droit de rembourser à tout moment la quantité d'obligations dont l'extinction, vu les sommes qui lui sont remboursées à lui-même, ainsi que l'amortissement normal, est nécessaire pour que le montant de ses prêts et celui des obligations en circulation se balancent exactement; car, si le Crédit foncier n'était pas autorisé à amortir des titres avant le délai maximum indiqué pour leur remboursement, il lui serait impossible de maintenir l'équilibre qui lui est imposé par le décret de 1852. Cela revient à dire que la règle de la proportionnalité oblige non seulement la société, mais aussi les obligataires. En un mot, elle constitue la condition même du contrat que ces derniers ont conclu avec le Crédit foncier (3).

(1) Req., 21 avril 1896, précité. — V. dans S., la note de M. Chavegrin.
(2) Civ. cass. (rej. sur ce moyen), 29 juill. 1879, précité.
(3) Trib. civ. Seine, 18 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 208 ; 17 mai 1893, *Gaz.*

III. *Des effets du terme.*

A. *Des effets antérieurs à l'échéance.*

986. Le principal effet qu'a le terme avant l'échéance est indiqué dans la disposition suivante où le législateur oppose cette modalité à la condition : « *Le terme diffère de la condi-* » *tion, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il re-* » *tarde seulement l'exécution* ». Art. 1185 (1). Le terme affecte donc seulement l'*exécution* de l'obligation, tandis que la condition affecte son *existence* même. L'obligation sous condition suspensive n'existe pas d'une façon parfaite (2). Il en est autrement de l'obligation à terme : elle existe immédiatement à tous égards. En ce qui la concerne, l'exécution seule est différée. Par où l'on voit que l'axiome *Qui a terme ne doit rien* exprime une contre-vérité, si on le prend à la lettre ; il faut l'entendre en ce sens que celui qui a un terme ne peut pas être forcé de payer avant l'expiration du délai, mais il est immédiatement débiteur (3).

987. Telle est la différence fondamentale entre la condition suspensive et le terme ; il en découle trois autres :

1° Les risques de la chose due à terme (en supposant que ce soit un corps certain) sont à la charge du créancier. Art. 1138 (4). Au contraire les risques de la chose due sous condition sont pour le compte du débiteur. Art. 1182 (5).

2° La novation d'une dette à terme par une dette pure et simple produit immédiatement tous ses effets, tandis que la

Pal., 93. 2. 81. Dans le même sens, Planiol, note précitée, D. P., 92. 2. 172, col. 1. — A plus forte raison n'est-il pas contestable que les prêts consentis par le Crédit foncier peuvent lui être remboursés par anticipation. Le Crédit foncier a été créé en vue de procurer aux propriétaires d'immeubles un mode de crédit moins onéreux que le prêt hypothécaire ordinaire. Cette préoccupation, qui témoigne d'une intention favorable aux emprunteurs du Crédit foncier, est exclusive de l'idée qu'ils sont privés du bénéfice de la présomption de l'art. 1187. *Sic* Planiol, note précitée, p. 171, col. 2.

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 230 (édit. Dupin, I, p. 116).

(2) V. *supra*, n. 830-831.

(3) Instit., *De verbor. oblig.*, liv., III, tit. XV, § 2. V. aussi L. 41, § 1, D., *De verbor. oblig.*, XLV, 1.

(4) V. notre tome Ier, n. 423.

(5) V. *supra*, n. 853.

novation d'une dette conditionnelle par une dette pure et simple doit, si les parties n'ont pas manifesté une volonté contraire, être considérée comme consentie pour le cas où la condition s'accomplira.

3° Ce qui a été payé avant la réalisation de la condition peut être répété, du moins, d'après la plupart des auteurs, quand le paiement a eu lieu par erreur. Ce n'est là qu'une application des règles du droit commun. L'art 1376 autorise, d'une façon générale, la répétition de ce qui a été payé indûment; or c'est payer indûment que de payer avant la réalisation de la condition, car, *pendente conditione,* l'obligation n'a pas encore une existence parfaite. Au contraire le débiteur, qui paie avant l'échéance du terme, n'est pas admis à la répétition; car il n'a pas fait un paiement indû; il a payé ce qu'il devait, le terme n'empêchant pas l'obligation d'exister immédiatement. « *Ce qui n'est dû qu'à terme* », dit l'art. 1186, « *ne* » *peut être exigé avant l'échéance du terme; mais ce qui a été* » *payé d'avance, ne peut être répété* » (1).

988. Que le débiteur ne puisse être admis à la répétition de ce qu'il a payé avant l'échance du terme, lorsqu'il a fait le paiement *sciemment,* c'est-à-dire en connaissance de cause, sachant bien qu'il avait droit à un terme et qu'il ne pouvait être tenu de payer qu'à son échéance, c'est un point incontestable. Alors, en effet, le paiement implique évidemment renonciation au bénéfice du terme. Mais ce qui n'est guère moins incontestable, à notre avis, c'est que l'art. 1186 ne statue pas en vue de cette hypothèse; car autrement sa disposition serait d'une inutilité manifeste. D'ailleurs il s'exprime en termes absolus, et, au surplus, Pothier (2), dont les rédacteurs du Code ont certainement reproduit l'idée, suppose un paiement fait par erreur (3).

989. La seule difficulté est de savoir, étant donné qu'il s'agit d'un paiement fait par erreur, de quoi l'art. 1186 inter-

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 227, 230. — L. 10, L. 16, § 1, D., *De condic. indeb.*, XII, 6.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 230 (édit. Dupin, I, p. 116).

(3) *Sic* Toullier, XI, n. 59; Colmet de Santerre, V, n. 108 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, p. 88, texte et note 10; Larombière, III, p. 264 (art. 1186, n. 34); Laurent, XVII, n. 185; Huc, VII, n. 284. — *Contra* Marcadé, IV, n. 572, et Demolombe, XXV, n. 633-634.

dit la répétition : est-ce seulement de la chose qui a été payée? ou bien est-ce en outre de la jouissance de cette chose depuis le jour du paiement jusqu'à l'expiration du terme? Ainsi, sur la présentation d'un testament contenant un legs pur et simple d'une somme de 20,000 fr., l'héritier du testateur paie immédiatement le légataire, ignorant l'existence d'un codicille que l'on trouve plus tard et qui lui accorde un terme de dix ans pour le paiement du legs. L'héritier ne pourra pas répéter le capital qu'il a payé. Cela paraît certain. Mais ne pourra-t-il pas au moins en répéter l'escompte, *interusurium*, depuis le jour du paiement jusqu'à celui de l'échéance du terme? On ne peut se dissimuler qu'il existe en faveur de l'affirmative de puissantes considérations d'équité. D'un autre côté, sur le terrain des principes, on peut dire que celui qui paie avant l'échéance du terme paie en réalité plus qu'il ne doit. Il paie en sus de ce qu'il doit la jouissance dont il se prive et dont il fait bénéficier le créancier ; il doit donc pouvoir répéter, d'après les règles du droit commun, une somme égale à l'avantage que représente cette jouissance. — Mais la question est précisément de savoir si l'art. 1186 n'est pas venu déroger ici aux règles du droit commun, en refusant une répétition qu'elles auraient autorisée. Or l'affirmative nous paraît résulter des considérations suivantes. D'abord l'art. 1186 ne fait aucune distinction ; il dit dans des termes absolus : « Ce qui a été payé d'avance, ne peut être répété ». Cette dérogation s'explique par de puissantes considérations pratiques. En effet la répétition de l'avantage procuré au créancier par l'anticipation de jouissance aurait été dans une foule de cas la source de difficultés et, par suite, de procès. Comment apprécier cet avantage? Dira-t-on que, si la somme due est une somme d'argent, il est représenté par l'intérêt légal? Mais il se peut que le créancier ait employé cette somme à payer, par anticipation aussi, une dette à terme, non productive d'intérêts, ou encore, s'il l'a prêtée, qu'il n'ait pas stipulé d'intérêts ou qu'il en ait stipulé d'inférieurs aux taux légal. Il se peut même qu'il ait dissipé la somme reçue. Dans ces divers cas il sera profondément injuste d'adopter la base d'appréciation dont nous parlons.

La difficulté est grande aussi quand la chose due était soit une quantité autre qu'une somme d'argent, soit un corps certain. Dans la première hypothèse il sera souvent impossible de déterminer ce que la chose payée sera devenue et dans quelle mesure elle aura profité au créancier. Dans la seconde hypothèse, si le corps certain a été aliéné ou détruit, il sera exorbitant que le créancier soit tenu de payer un loyer à raison d'une jouissance qu'il n'aura pas eue (1).

990. D'après l'art. 1186, on l'a vu, « ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme ». Il s'ensuit que la demande formée par le créancier avant l'échéance doit être déclarée non recevable (2). Il s'ensuit aussi que, si, en pareil cas, le débiteur fait défaut, les juges doivent suppléer d'office l'exception tirée de la non échéance du terme. Arg. art. 150 C. pr. (3).

La demande doit être déclarée non recevable alors même que la dette est devenue exigible dans l'intervalle de l'introduction de l'instance au jugement (4). C'est là une conséquence de ce principe que, les jugements étant simplement déclaratifs des droits qu'ils reconnaissent, il faut, pour apprécier ces droits, se reporter au moment où la demande a été formée (5).

991. La dette n'étant pas exigible avant l'échéance, une obligation à terme ne peut pas se compenser avec une obligation pure et simple. La compensation s'analyse, en effet, en deux paiements réciproques. Elle suppose donc qu'au moment où elle s'opère, l'exécution peut être exigée de part et d'autre. Or, précisément, tant que le terme n'est pas échu, le

(1) *Sic* Delvincourt, II, p. 490; Toullier, X, n. 59; Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Aubry et Rau, IV, p. 88, note 10; Larombière, III, p. 265 (art. 1186, n. 35); Huc, VII, n. 285; Vigié, II, n. 1366, p. 616. — *Contra* Duranton, XI, n. 113; Bugnet sur Pothier, II, p. 109; Mourlon, II, n. 1222; Demolombe, XXV, n. 634; Laurent, XVII, n. 186.

(2) Laurent, XVII, n. 184.

(3) Demolombe, XXV, n. 608.

(4) Civ. cass., 22 juill. 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 256. — *Sic* Larombière, III, p. 259 (art. 1186, n. 26). — *Contra* Toullier, VI, n. 664.

(5) Civ. cass., 25 août 1868, D. P., 68. 1 397. — V. aussi D. *Suppl.* au *Répert. alph.*, v° *Jugem.*, n. 354.

paiement ne peut pas être demandé, et, par suite, la compensation ne peut pas avoir lieu [1].

Toutefois, ainsi que nous l'avons déjà dit, le terme de grâce, à la différence du terme de droit, ne fait point obstacle à la compensation. Art. 1292. Le motif de cette disposition, c'est que le terme de grâce, n'étant accordé au débiteur que parce qu'il lui est impossible ou au moins très difficile d'acquitter la dette, n'a plus raison d'être quand celle-ci peut s'éteindre par compensation [2].

992. De ce que la dette n'est pas exigible avant l'échéance, il s'ensuit encore que le créancier ne peut, tant que le terme dure, faire aucun acte d'exécution sur les biens du débiteur, car les actes de cette nature supposent essentiellement que le créancier est recevable à demander en justice le paiement de la dette. Il est donc évident que le créancier ne pourrait pas, avant l'échéance, faire procéder, au préjudice de son débiteur, à une saisie immobilière ou à une saisie-exécution.

993. Il en est autrement des actes conservatoires. Bien que la loi soit muette sur ce point, le créancier peut les faire avant que la dette soit exigible. Puisque, en effet, ces actes sont expressément permis au créancier conditionnel (art. 1180), c'est-à-dire à celui dont le droit n'a qu'une existence imparfaite, ils peuvent, *a fortiori,* être faits par le créancier à terme, dont le droit existe à tous égards [3].

994. Il n'est pas douteux que l'interruption de la prescription constitue simplement un acte conservatoire ; mais, en ce qui concerne le créancier à terme, elle est absolument inutile, puisque l'art. 2257 dispose que : « *La prescription ne court point..... A l'égard d'une créance à jour fixe jusqu'à ce que ce jour soit arrivé* ».

Le motif de cette disposition, c'est qu'en l'absence d'une action, la prescription ne se conçoit pas, car la fonction de celle-ci est d'éteindre les actions.

995. Bien que le créancier à terme puisse faire des actes

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 232 (édit. Dupin, I, p. 116) ; Demolombe, XXV, n. 611 ; Laurent, XVII, n. 184; Huc, VII, n. 283.

(2) V. *infra* notre commentaire de l'art. 1292.

(3) Demolombe, XXV, n. 612; Laurent, XVII, n. 188 ; Huc, *loc. cit.*

conservatoires, il n'a pas le droit de pratiquer une saisie-arrêt au préjudice de son débiteur. Cette espèce de saisie a, comme nous l'avons expliqué, une nature complexe. Sans doute on peut soutenir qu'à l'égard du créancier saisissant, elle constitue simplement un acte conservatoire ; mais, au regard du saisi, elle a une portée plus grande : elle rend indisponible une chose qui lui appartient ; elle a donc le caractère d'acte de poursuite et d'exécution ([1]).

996. Le créancier à terme peut-il exercer les droits et actions du débiteur ? Nous avons examiné la question sous l'art. 1166. Aussi renvoyons-nous à ce que nous en avons déjà dit ([2]). Nous rappellerons simplement que nous avons adopté la négative.

997. Nous nous sommes également prononcés sur le point de savoir si le créancier à terme est admis à exercer l'action paulienne. D'après nous, il n'en a pas le droit. Ici encore, nous nous en référons à nos précédentes explications ([3]).

998. En théorie il est inadmissible que le créancier à terme puisse, avant l'échéance ou l'exigibilité, assigner le débiteur en reconnaissance ou vérification d'écriture et se procurer ainsi un jugement emportant hypothèque sur les immeubles de celui-ci. C'est là tout autre chose qu'un acte conservatoire. Il faut même dire qu'en poursuivant la reconnaissance ou la vérification, le créancier viole la loi du contrat, car, implicitement, il a suivi la foi du débiteur, et, néanmoins, il grève d'une hypothèque générale les biens de ce dernier, qui, peut-être, n'aurait pas consenti à lui conférer une hypothèque spéciale. Aussi la déclaration du 2 janvier 1717 décida-t-elle que

([1]) Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 16 ; Demolombe, XXV, n. 610 ; Larombière, II, p. 194 (art. 1166, n. 21) ; Roger, *Tr. de la saisie-arrêt*, n. 117 ; Laurent, XVII, n. 187 ; Garsonnet, *Tr. théor. et prat. de proc. civ.*, III, § 594, p. 686. — Grenoble, 23 juill. 1818, D. *Rép. alph.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 72-1°. — Paris, 26 mai 1849, D. P., 49. 2. 190. — Bourges, 17 mars 1826, S. chr., VIII, 2. 213, D., *op.* et v° *cit.*, n. 72-2°. — Bordeaux, 13 août 1846, S., 47. 2. 461, D. P., 47. 4. 431. — Toutefois une saisie-arrêt peut être pratiquée pour sûreté d'une créance non exigible, si le débiteur y a consenti. — Angers, 20 juill. 1843, S., 44. 2. 183, D. *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n. 127. — A notre avis le terme de grâce ne fait pas obstacle à la saisie-arrêt. La question est controversée. Nous l'examinerons dans la suite.

([2]) V. notre tome I, n. 629.

([3]) V. notre tome I, n. 685.

« les jugements rendus *avant* l'échéance des billets ou lettres de change, promesses ou billets passés pour faits de commerce et marchandises ne pourraient produire hypothèque sur les biens du débiteur ». Mais cette règle fut abrogée par les lois intermédiaires (L. 9 messidor an III, art. 10 ; L. 11 brumaire an VII, art. 3), et son abrogation fut confirmée par le Code civil. Celui-ci paraissait même autoriser l'inscription anticipée de l'hypothèque judiciaire. Telle était l'interprétation de la cour suprême [1]. La loi du 3 septembre 1807 a mis fin à cet état de choses. Son article premier est ainsi conçu : « Lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut de paiement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire ». Mais la loi de 1807 ne reproduit pas la disposition de la déclaration de 1717, et la restriction qu'elle établit n'empêche point que le jugement fasse naître l'hypothèque générale, quelle que soit l'époque à laquelle il a été obtenu. Le créancier pourra donc la faire inscrire dès le lendemain de l'échéance ou de l'exigibilité de l'obligation. Ainsi, même telle qu'elle a été réformée en 1807, notre législation ne saurait se justifier au point de vue des principes [2].

999. La disposition de l'art. 1er de la loi du 3 septembre 1807 présentant un caractère d'exception, on ne saurait accorder par analogie au créancier à terme le droit de former une demande judiciaire dans une hypothèse où il ne s'agirait pas pour lui d'obtenir une reconnaissance ou une vérification d'écriture. Il ne peut donc pas, lorsque l'obligation est verbale ou par acte authentique, assigner le débiteur en reconnaissance ou en constatation de la dette, alors même qu'il offrirait de différer jusqu'à l'échéance l'exécution de la condamnation. Dans ces deux cas, les arguments que nous avons

(1) V. C. civ. ann. Fuzier-Herman, art. 2123, n. 72.

(2) V. sur l'art. 1er de la loi du 3 septembre 1807, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv. et hyp.*, II, n. 1260. — V. aussi Demolombe, XXV, n. 616 ; Laurent, XVII, n. 189.

formulés plus haut au point de vue théorique, n'étant pas écartés par une disposition dérogatoire, conservent toute leur force [1].

B. *Des effets de l'échéance.*

1000. L'échéance a pour effet de rendre la dette exigible et, par suite, d'autoriser les poursuites en exécution. En un mot, après l'expiration du terme, la dette doit être considérée comme pure et simple.

Mais si le créancier a le droit d'exiger le paiement quand le terme est échu, en sens inverse il n'est pas obligé de le faire. Il se trouve alors dans la même situation que le créancier pur et simple. Ainsi, en demeurant dans l'inaction, il n'encourt pas de déchéance, sauf dans le cas où il laisserait l'obligation s'éteindre par prescription. Cette proposition est vraie même à l'égard de la caution. Le créancier n'a pas perdu le droit de la poursuivre s'il n'agit que plus ou moins longtemps après l'échéance. Puisque, d'après l'art. 2039, la caution n'est pas déchargée quand le créancier consent au débiteur une prorogation de terme, elle ne l'est pas davantage quand il diffère d'agir contre le débiteur, ce retard ne pouvant avoir que la portée d'une prorogation tacite et n'ayant même pas la force de lier le créancier comme le ferait une prorogation conventionnelle [2].

[1] *Sic* Demolombe, XXV, n. 617; Colmet de Santerre, V, n. 109 *bis;* Aubry et Rau, IV, p. 91, texte et note 23; Laurent, XVII, n. 188 *in fine;* Vigié, II, n. 1369. — *Contra* Larombière, III, p. 257 (art. 1186, n. 24). — Cependant, si le débiteur lui-même dénie la dette avant l'échéance, nous croyons, avec M. Demolombe, que le créancier pourrait, dès lors, demander une condamnation, sauf à ne la faire exécuter qu'après l'expiration du terme. Dans ce cas, en effet, on peut dire que le débiteur, en déniant la dette avant son exigibilité, a lui-même devancé l'échéance et qu'il a ainsi dispensé le créancier d'attendre celle-ci pour faire reconnaître son droit en justice. Demolombe, XXV, n. 619; Cass., 14 messidor an XII et Bordeaux, 5 juillet 1839, D. *Rép. alph.*, v° *Obliq.*, n. 1277. — Mais on ne doit pas dire d'une façon vague et générale, comme le fait Toullier, que le créancier peut agir avant le terme quand le débiteur lui a inspiré, par sa conduite, des soupçons sur sa bonne foi ou sur sa ponctualité. Toullier, VI, n. 664. Si les agissements du débiteur ne permettait pas de faire prononcer la déchéance du terme conformément à l'art. 1188, ils demeurent, sauf l'exception que nous venons d'admettre, sans influence sur l'exigibilité de la dette. Demolombe, XXV, n. 618.

[2] Aubry et Rau, IV, p. 698; Demolombe, XXV, n. 650; Laurent, XVII, n. 193; Troplong, *Caut.*, n. 568; Mourlon, *Subrog. pers.*, p. 525. — Civ. cass., 22 jan-

1001. En droit français l'échéance du terme n'a pas pour effet de mettre le débiteur en demeure. Nous l'avons déjà dit, et nous avons donné les motifs de cette décision (1).

Plusieurs législations étrangères ont consacré le système opposé. Nous citerons le Code civil allemand. Art. 284, al. 2 (2). Toutefois, porte ce texte, l'échéance du terme n'emporte mise en demeure que « s'il a été fixé, pour la prestation, une époque *d'après le calendrier* ». C'est seulement alors, aux yeux des auteurs de ce code, que le débiteur peut être considéré comme s'étant engagé à payer sans sommation préalable (3). Le Code civil italien, dans son art. 1223, al. 1er, dit également : « Si l'obligation est de donner ou de faire, le débiteur est mis en demeure par la seule échéance du terme établi dans la convention ». Il ajoute toutefois dans l'alinéa 2 du même article : « Si le terme échoit après la mort du débiteur, l'héritier n'est mis en demeure que par une sommation ou autre acte équivalent et seulement huit jours après la sommation ». Le Code fédéral des obligations, dans son art. 117, al. 2, pose le même principe : « Lorsque le jour du paiement a été déterminé d'un commun accord ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour » (4).

Quelle a été la pensée des législateurs qui ont attribué à l'échéance du terme l'effet de mettre le débiteur en demeure? Ils ont estimé que celui-ci devait, en retour de la concession du terme, montrer, dans l'exécution de ses obligations, une exactitude parfaite.

1002. A raison des effets que produit l'échéance, la détermination du moment où elle se réalise présente un grand

vier 1849, S., 49. 1. 182, D. P., 49. 1. 33 ; 8 mai 1861, S., 61. 1. 582, D. P., 61. 1. 269. — Nancy, 13 avril 1867, S., 68. 2. 81, D. P., 67. 2. 103.

(1) V. notre tome 1er, n. 427.

(2) La même solution se trouvait, d'ailleurs, dans les diverses législations allemandes antérieures, Code prussien, Code saxon, Code autrichien, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, n. 28, p. 25.

(3) Saleilles, *op. cit.*, p. 25, note 3.

(4) V. Rossel, *Mm. du dr. féd. des oblig.*, n. 133, p. 156. — V. aussi C. civ. portug., art. 711-1°, C. civ. mex., art. 1423, I.

intérêt pratique. Quand les parties ont pris comme terme une date précise, par exemple « le premier janvier prochain », le cas ne présente aucune difficulté. La question n'est pas aussi simple lorsque, pour la fixation du terme, elles ont compté un délai par heure, jour, mois ou année. Dans cette hypothèse, on doit se référer avant tout aux clauses de la convention. Mais, dans le silence de celle-ci, il faut appliquer certains principes traditionnels (1).

1003. D'abord le jour même du contrat (*dies a quo*) n'est pas compris dans le terme. Arg. art. **2260** (2). Si donc, le 1er janvier, je m'engage à payer une somme dans dix jours, c'est le 2 janvier qui comptera comme premier jour du délai. Cette règle a pour but d'éviter les très nombreuses difficultés qu'aurait fait naître, dans l'application, un calcul plus mathématique du temps fixé comme terme, se fût-on borné à adopter le calcul d'heure à heure (3). Cette règle s'applique, d'ailleurs, que les parties aient compté le terme par jour, ou qu'elles l'aient compté par mois ou par année. Dans tous ces cas le *dies a quo* ne figure pas dans le délai.

1004. Quant au jour de l'échéance (*dies ad quem*), il est compris tout entier dans le terme, et, par conséquent, si, le 1er janvier, je m'engage à payer une somme dans dix jours, c'est seulement le 12 janvier que le créancier pourra me poursuivre (4).

(1) Le *Code fédéral des obligations*, dans ses art. 87-89, pose des règles assez minutieuses relativement à la détermination du moment de l'échéance. On lit, par exemple, dans son art. 87 : « Le terme fixé pour l'exécution au commencement ou à la fin d'un mois s'entend du premier ou du dernier jour du mois. — Le terme fixé au milieu d'un mois s'entend du quinze dudit mois ». On lit encore dans son art. 88-1°..... « Si le délai est de huit ou de quinze jours, on entend par là non pas une ou deux semaines, mais huit ou quinze jours pleins ».

Ces règles nous paraissent applicables aussi dans notre législation.

(2) Dans notre ancien droit, cette règle avait été repoussée par certains auteurs. V. Brodeau sur l'art. 129 de la Cout. de Paris, v° *An et jour*, n. 13 s.

(3) Le *Code fédéral* consacre cette règle dans le 2° de son art. 88.

(4) Inst. liv. III, tit. XV, *De verb. oblig.*, § 2. — V. aussi l'art. 186, D., *De regulis juris*, L. 17. — On trouve une application de ce principe dans l'art. 162 C. co. — D'après le *Code féd. des oblig.*, le *dies ad quem* n'est pas compris dans le terme : l'art. 88-1° porte : « Si le délai est fixé par jours, la dette est échue le dernier jour du délai ». Or on a vu que lorsque le *dies ad quem* est compris dans le terme, c'est seulement le lendemain de ce jour que le paiement peut être demandé. V. aussi le 2° et le 3° *in princ.* du même article, et Virgile Rossel, *op. cit.*, n. 111, p. 135.

Si, au lieu de compter le délai par jour, les parties l'ont compté par année, par mois ou par heure, le principe est le même : le terme ne sera donc échu qu'après l'expiration de la dernière année, du dernier mois ou de la dernière heure (1).

1005. Dans la supputation du délai, l'expression *jour* doit être considérée comme prise dans le sens de *jour civil* et, par conséquent, comme désignant une durée de 24 heures, calculée de minuit à minuit. De même, si les parties ont compté par mois, il faut, conformément à toutes les vraisemblances, admettre qu'elles ont eu en vue le *mois civil,* c'est-à-dire le mois calculé de quantième à quantième, et non pas le mois astronomique, qui a une durée uniforme de 30 jours (2).

Enfin l'année est de douze mois calculés comme nous venons de le dire, et peu importe qu'étant bissextile, elle comprenne 366 jours.

IV. *De la déchéance du terme.*

A. *Des cas où il y a déchéance du terme.*

1006. « *Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du* » *terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a* » *diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son* » *créancier.* Art. 1188 (3).

(1) L. 138 pr., *De verb. oblig.*, XLV, 1 ; Inst., liv. III, tit. XIX, *De inut. stip.*, § 26.

(2) Il se peut que ce mode de supputation ne puisse pas s'appliquer à la lettre. C'est ce qui arrive, par exemple, si, le 31 mars, je vous ai promis de vous payer une somme dans un mois, car la date du 31 n'existe pas en avril ; il en sera de même si c'est le 29, le 30 ou le 31 janvier que je vous ai fait cette promesse, ces trois quantièmes ne se retrouvant pas en février. Nous croyons que l'exécution pourra être poursuivie alors dès le lendemain du jour où le mois du calendrier aura pris fin. C'est ainsi qu'en supposant l'obligation contractée le 29, le 30 ou le 31 janvier, la demande pourra être formée le 1er mars. C'est là, croyons-nous, une conséquence nécessaire de cette idée que, dans la supputation du délai, il faut se référer au calendrier grégorien. Cpr. *Code féd. des oblig.*, art. 88-3° *in fine.*

(3) A raison de certaines questions que nous aurons à examiner, il est intéressant de rapprocher de cette disposition celle de l'art. 1129 du C. civ. espagnol, dont voici le texte : « Le débiteur perdra tout droit à profiter du terme : 1° lorsque, après avoir contracté l'obligation, il devient insolvable, à moins qu'il ne garantisse la dette ; 2° lorsqu'il ne fournit pas au créancier les garanties qu'il a promises ; 3° lorsque, par ses propres actes, il a diminué ces garanties après les avoir constituées, et lorsqu'elles disparaissent par cas fortuit, à moins qu'elles ne soient immédiatement remplacées par d'autres garanties, également sûres ». Il faut ajouter à

Ainsi le débiteur est déchu du bénéfice du terme dans deux cas :

1007. 1° « Lorsqu'il a fait faillite », c'est-à-dire lorsqu'il a été déclaré en faillite : « Le jugement déclaratif de faillite rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues ». Art. 444, al. 1er C. comm. (l. 28 mai 1838) (1). Si la loi n'avait pas admis cette exigibilité, il en serait résulté d'inutiles complications, car il eût fallu mettre en réserve les dividendes destinés aux créanciers à terme. D'ailleurs, si le créancier a accordé un terme, c'est à raison de la confiance que lui inspirait le débiteur ; or la faillite, qui anéantit le crédit, prouve que cette confiance n'était pas fondée, et, par conséquent, le terme n'a plus raison d'être (2).

L'exigibilité se produit pour toutes les dettes du failli ; peu importe qu'elles soient civiles ou commerciales (3).

cette disposition celle de l'art. 883 al. 1 du C. com. espagnol, aux termes de laquelle : « En vertu de la déclaration de faillite, seront considérées comme échues à la date de cette déclaration les dettes pendantes du failli ». On voit que l'ensemble de ces deux dispositions reproduit le système français, mais en le complétant sur plusieurs points.

(1) A la différence du terme, la condition suspensive ne disparaît pas par l'effet de la faillite. Cela résulte d'abord de la teneur de l'art. 444 C. com., qui vise exclusivement le terme. De plus le droit du créancier conditionnel n'a qu'une existence imparfaite tandis que celui du créancier à terme existe à tous égards dès avant l'échéance. Toutefois le créancier conditionnel peut figurer aux opérations de la faillite. Il peut même provoquer le jugement déclaratif, car les actes conservatoires lui sont permis. Art. 1180. Seulement le dividende qui lui sera attribué devra, *pendente conditione*, être déposé à la caisse des consignations. Il ne pourra être touché par lui que si l'événement mis en condition se réalise. Sans quoi, il sera proportionnellement réparti entre les autres créanciers. V. notamment Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. com.*, II, n. 2690, p. 674, et *Tr. de dr. com.*, VII, n. 258, p. 208 ; Thaller, *Tr. élém. de dr. com.*, p. 929, n. 1687. — Quant au créancier dont le droit est affecté d'une condition résolutoire, il est, en principe, dans la faillite du débiteur, assimilé au créancier pur et simple ; mais avec cette modification que, vu l'éventualité de l'accomplissement de la condition, il est tenu de donner caution de restituer le dividende par lui reçu. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

(2) V. notamment Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, II, n. 2689, p. 674 et *Tr. de dr. comm.*, VII, n. 257, p. 207 ; Valabrègue, *Nouv. cours de dr. comm.*, n. 338, p. 451 ; Thaller, *Cours élém. de dr. comm.*, n. 1685, p. 928.

(3) Mais les dettes dont il s'agit ne deviennent exigibles que pour leur valeur en capital. La disposition de l'art. 444, al. 1er, C. com. ne s'applique donc pas à leurs intérêts, et, par conséquent, un créancier n'est pas admis à produire pour les intérêts, capitalisés jusqu'à leur échéance, de la somme qui lui est due. Amiens, 18 janvier 1896, D. P., 96. 2. 265.

1008. Le jugement déclaratif de faillite entraîne la déchéance du terme aussi bien à l'égard des créanciers hypothécaires qu'à l'égard des créanciers chirographaires. Aucune distinction n'est faite entre ces deux catégories de créanciers ni par l'art. 1188 C. civ., ni par l'art. 444 C. com. Et cela se comprend, car il n'y a pas de raison de distinguer. La garantie réelle qui résulte de l'hypothèque ne fait pas disparaître l'obligation personnelle, mais vient s'ajouter à elle. Or le créancier hypothécaire a un intérêt évident à invoquer cette obligation si la garantie réelle n'est pas suffisante. Il lui importe beaucoup, par conséquent, de poursuivre tout de suite la vente des immeubles hypothéqués, afin de pouvoir figurer dans la masse pour la partie de la dette qui excèderait la valeur de ces immeubles. D'ailleurs, il est de l'intérêt des créanciers chirographaires eux-mêmes que l'on procède immédiatement à la vente des immeubles hypothéqués, puisque, si leur prix dépasse le montant des créances garanties, le surplus viendra grossir leurs dividendes. Au cours de la discussion devant le conseil d'Etat, plusieurs membres insistèrent pour que les créances hypothécaires fussent exceptées de la règle posée dans l'art. 1188; mais il ne leur fut pas donné satisfaction, afin de ne pas rendre impossible ou au moins très difficile la liquidation générale des dettes du failli [1].

1009. L'exigibilité est produite par la faillite, que les créances existant contre le failli soient à terme incertain ou à terme certain [2]. Il s'ensuit que la personne qui, ayant fait une *assurance vie entière,* a stipulé, en retour de primes annuel-

[1] *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 89, texte et note 17; Marcadé, IV, n. 577; Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Faillite*, n. 227; Larombière, III, p. 282 (art. 1188, n. 2); Laurent, XVII, n. 199; Huc, VII, n. 287 *in fine*, p. 386. — Angers, 15 mai 1861, S., 61. 2. 442, D. P., 61. 2. 107. — Agen, 20 fév. 1866, S., 66. 2. 154, D. P., 66. 2. 149. — Lyon, 16 fév. 1881, S., 82. 2. 44, D. P., 81. 2. 237. — Liège, 27 nov. 1890, *Pas.*, 90. 2. 92. — *Contra* Pardessus, *Dr. comm.*, n. 1127. — Locré, *Esprit du C. com.*, V, p. 278; Renouard, *Des faillites*, II, p. 321; Boulay-Paty, *Faillite*, I, n. 111; Bédarride, *Faillite*, I, n. 1083; Alauzet, *Comment. du C. de comm.*, VI, n. 2485; Demolombe, XXV, n. 699; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. com.*, II, n. 2693, et *Tr. de dr. comm.*, VII, n. 261; Boistel, n. 924; Valabrègue, *op. cit.*, n. 338, p. 452.

[2] V. notamment Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. com.*, II, p. 676, n. 2693, et *Tr. de dr. com.*, VII, p. 207, n. 257.

les, un capital payable à son décès, pourrait incontestablement, au cas où la compagnie serait déclarée en faillite, produire pour la somme assurée. Mais, en pratique, selon la très juste remarque de M. Thaller, elle s'en abstiendra, car cette production aurait pour conséquence de l'obliger à servir dans la suite l'intégralité des primes, alors que la faillite aurait entraîné la réduction de la somme assurée. Elle demandera plutôt la résiliation de la police et produira pour la valeur de rachat [1].

1010. La disposition de l'art. 444 C. com. rend exigibles les dettes du failli. Mais elle ne produit pas le même effet quant à ses créances. Cela pourra, il est vrai, rendre plus difficile la liquidation de la faillite. Mais ce n'était pas une raison pour dépouiller de leurs droits les débiteurs du failli [2]. Si l'application de ces principes cause de trop grandes complications, les syndics pourront soit, en accordant un escompte aux débiteurs, obtenir d'eux un paiement anticipé, soit vendre à forfait les créances non exigibles. V. art. 570 C. com.

1011. La liquidation judiciaire est assimilée ici à la faillite. La loi du 4 mars 1889 dit en effet : « Le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire rend exigibles, à l'égard du débiteur, les dettes passives non échues ». Art. 8, al. 1. Les motifs de décider sont les mêmes que dans le cas de déclaration de faillite.

1012. Ce qui est vrai de la faillite et de la liquidation judiciaire est vrai aussi de la déconfiture. Les auteurs sont d'accord sur ce point, et la jurisprudence est conforme.

Mais que faut-il entendre par déconfiture.

La coutume de Paris renfermait cette définition : « Le cas de déconfiture est quand les biens du detteur, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent pas aux créanciers apparents ». Art. 180. Ainsi la déconfiture, à la différence de la faillite, ne résulte pas de ce fait qu'une personne cesse ses paiements. Il faut, ce qui est bien différent, qu'elle soit en état d'insolva-

(1) Thaller, *op. cit.*, p. 930, n. 1688.

(2) V. notamment Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. com.*, p. 677, n. 2694, et *Tr. de dr. com.*, VII, p. 213, n. 264; Thaller, *op. cit.*, p. 928, n. 1684; Valabrègue, *op. cit.*, p. 151, n. 338.

bilité constatée. D'où cette conséquence, dont l'intérêt pratique est considérable, que les juges ne doivent pas déclarer en état de déconfiture un non commerçant qui a suspendu ses paiements à raison d'embarras passagers, mais qui n'est pas insolvable [1].

On admet très généralement, disons-nous, que, relativement à la déchéance du terme, la déconfiture doit être assimilée à la faillite. Il y a, en effet, même raison de décider dans les deux cas. Les motifs sur lesquels est fondée la disposition de l'art. 1188, se présentent même avec plus d'énergie au cas de déconfiture qu'au cas de faillite; car un failli peut ne pas être au-dessous de ses affaires (la faillite résulte du seul fait de la cessation des paiements, et on comprend que de simples embarras puissent forcer un commerçant dont l'actif excède le passif à cesser ses paiements), tandis que la déconfiture est l'insolvabilité constatée. Cependant cette raison ne serait peut-être pas suffisante, car l'art. 1188 établit une déchéance, et les déchéances ne s'étendent pas d'un cas à un autre, même en vertu d'un raisonnement *a fortiori*. Mais l'art. 1913 fournit un argument décisif. Ce texte est ainsi conçu : « Le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur ». Le principe de l'art. 1188 est donc relatif à la déconfiture aussi bien qu'à la faillite, puisque l'art. 1913 fait à la première une application particulière de ce principe, et précisément dans un des cas où cette application pouvait souffrir le plus de difficulté. — *Adde* arguments tirés des art. 1446, 1613, 1865-4° et 2032-2°. Tous ces textes, au point de vue du terme, mettent la déconfiture sur la même ligne que la faillite.

Il résulte d'ailleurs des travaux préparatoires que, dans l'art. 1188, le législateur a pris l'expression faillite dans un sens large et comme désignant aussi la déconfiture. Dans la

[1] Demolombe, XXV, n. 666; Laurent, XVII, n. 196. — *Contra* Larombière, III, p. 283 (art. 1188, n. 4). — Les juges du fait ont, d'ailleurs, un pouvoir souverain d'appréciation en ce qui concerne la constatation des circonstances d'où résulte cette insolvabilité reconnue que suppose la déconfiture. — Colmet de Santerre, V, n. 111 *bis*-I; Demolombe, XXV, n. 667; Laurent, *loc. cit.* — Cpr. Larombière, *loc. cit.* — Pour des applications de ce principe, voir les décisions judiciaires citées dans le C. civ. annoté de Fuzier-Herman, sous l'art. 1188, n. 12-15.

discussion qui eut lieu devant le conseil d'Etat, quelqu'un ayant demandé « s'il ne conviendrait pas de retrancher du Code civil toute disposition relative aux faillites et de renvoyer cette matière dans son entier au Code de commerce », Treilhard répondit qu'elle n'appartenait pas exclusivement à ce dernier code, « car on peut faillir sans être marchand : à la vérité, la faillite alors est appelée déconfiture; mais peu importe la dénomination lorsque la chose est la même » (1). On ne doit pas, ainsi qu'il résulte de nos précédentes explications, prendre ces paroles à la lettre ; il est certainement inexact de dire qu'un non commerçant peut faillir, si, du moins, on prend le mot *faillite* dans son sens technique et spécial ; mais la réponse de Treilhard n'en prouve pas moins que, dans l'esprit des auteurs du Code civil, il n'y avait pas de raison de distinguer entre la déconfiture et la faillite proprement dite, quant à la déchéance du terme (2).

Enfin, dans notre ancien droit, qui a ici une autorité toute particulière, puisqu'on admet très généralement la notion traditionnelle de la déconfiture, l'insolvabilité du débiteur entraînait la déchéance du terme : « La déconfiture, dit Bourjon, rend la dette non échue exigible ; en effet, après que tous

(1) Fenet, XIII, p. 69; Locré, XII, p. 162, n. 11. — Dans *l'Exposé des motifs*, Bigot-Préameneu a dit également : « Il est évident qu'en cas de faillite ou de *déconfiture*, le débiteur ne doit plus être autorisé à réclamer le bénéfice du terme ». — Fenet, XIII, p. 245 ; Locré, XII, p. 343, n. 74.

(2) *Sic* Toullier, VI, n. 670 ; Rolland de Villargues, v° *Terme*, n. 62 ; Duranton, XI, n. 117 ; Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, IX, q. 528 *bis;* Pigeau, *Comm.*, I, p. 296 ; Boitard, *Leçons de procéd.*, I, n. 261 ; Boileux, IV, art. 1188 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 537, p. 386, note 10; Massé, *Droit comm.*, III, n. 1869; Larombière, III, p. 282 (art. 1188, n. 3) ; Marcadé, IV, n. 576 ; Colmet de Santerre, V, n. 111 *bis* I; Aubry et Rau, IV, p. 88, note 12; Demolombe, XXV, n. 664; Laurent, XVII, n. 295 ; Garraud, *De la déconfiture*, p. 85 ; Thiry, III, n. 12 ; Huc, VII, n. 287, p. 386. — Bruxelles, 28 juill. 1829, D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1296. — Lyon, 3 août 1833, D., *loc. cit.* — Toulouse, 20 nov. 1835, S., 36. 2. 151. — Req., 10 mars 1845, S., 45. 1. 601, D. P., 45. 1. 209. — Orléans, 30 avril 1846, S., 46. 2. 615, D. P., 46. 2. 135. — Liège, 9 mars 1850, *Pasicr.*, 50, 2. 129. — Bruxelles, 25 février 1852, *Pasicr.*, 52. 2. 340. — Nîmes, 18 mars 1862, S., 63. 2. 5. — Trib. Seine, 18 janvier 1867, joint à Paris, 25 juin 1867, S., 68. 2. 222. — Metz, 16 déc. 1868, D. P., 69. 2. 206. — Rouen, 29 juin 1871, S., 71. 2. 220, D. P., 73. 2. 206. — Civ. cass., 30 mars 1892, S., 92. 1. 481, note Labbé, D. P., 92. 1. 281, note Planiol. — Bourges, 10 mai 1892, D. P., 92. 2. 455. — D'après l'art. 1307 du C. civ. néerlandais, la déchéance du terme découle de « l'insolvabilité notoire ».

les gages de la dette auraient été enlevés au créancier, quelle pourrait être sa sûreté pour le paiement d'icelle? C'est donc juste effet de la déconfiture que de faire naître l'exigibilité [1] ».

1013. Est-il nécessaire que la déchéance du terme motivée par la déconfiture soit prononcée par justice? Faut-il dire, au contraire, que la déconfiture entraîne de plein droit la déchéance du terme? La cour suprême [2] et la majeure partie des auteurs [3] se prononcent dans le premier sens, et nous croyons que c'est avec raison.

[1] *Droit comm. de la France*, liv. VI, chap. VIII, n. 34.

[2] La cour de cassation a résolu la question par un arrêt du 30 mars 1892. On lit dans cette importante décision : « Attendu que la déchéance du terme résultant de l'insolvabilité du débiteur n'est pas encourue de plein droit; qu'elle doit être demandée en justice; que le juge la prononce s'il y a lieu, après vérification des faits qui la motivent; que les effets du jugement qui rend ainsi la dette exigible ne sauraient, en aucun cas, remonter au delà du jour où la demande de payement a été formée. Civ. cass., S., 92. 2. 481 (note Labbé conforme), D. P., 92. 1. 281 (note Planiol en sens contraire). Le tribunal civil de Saint-Pol et la cour d'appel de Douai avaient adopté l'autre solution. Suivant le tribunal : « Il importe peu que la déchéance du terme n'ait point été prononcée par justice, le jugement déclaratif prescrit pour faire fixer la date de la cessation de paiement en matière de faillite n'étant point exigé lorsqu'il s'agit d'une simple déconfiture, et le jugement qui intervient en cette circonstance n'ayant pour effet que de déclarer une situation préexistante, et dont le bénéfice est acquis au créancier à compter du jour où elle s'est produite ». De même, d'après la cour d'appel : « S'il est vrai que le créancier doive, pour utilement exciper de la déchéance du terme, faire constater l'état de déconfiture de son débiteur, il n'est pas exact que la décision ne puisse avoir effet que du jour du jugement, ou tout au moins du jour de la demande, quelle que soit la date de la déconfiture judiciairement reconnue;... le jugement qui mentionne la date précise de la déconfiture a un sens et un effet purement déclaratifs ». S. et D. P., *loc. cit.* — On le voit, les diverses juridictions se sont montrées également affirmatives. Mais on peut ajouter que leurs affirmations respectives étaient également dénuées d'arguments. — Cpr. à l'arrêt de la chambre civile un autre arrêt de la même chambre, en date du 14 mars 1854 (cass.), S., 54. 1. 355, D. P., 54. 1. 132.

[3] V. avant tout Labbé, note précitée. — D'après M. Planiol, « aucun auteur n'a jamais fait mention d'une demande spéciale qu'il serait nécessaire de former à cette occasion ; tous, dit-il, paraissent supposer que l'exigibilité immédiate des créances à terme est une suite naturelle de l'insolvabilité du débiteur et qu'elle se produit de plein droit ». Cette proposition nous paraît inexacte. Il est vrai que, dans le commentaire de l'art. 1188, la plupart des auteurs gardent le silence relativement à la nécessité d'un jugement pour la suppression du terme; mais, lorsqu'il se demandent, sous l'art. 1291, si la dette renduc exigible par la déconfiture devient compensable, ils enseignent que la compensation ne peut avoir lieu qu'à partir du moment où la déchéance a été prononcée par justice : « Il faut remarquer, dit Marcadé, que cette exigibilité (résultant de la déconfiture) n'existe et que, par conséquent, la compensation n'a lieu *que quand la déchéance du terme est prononcée*

Dans l'opinion opposée, on reconnaît que, sans doute, si les parties sont en désaccord sur la réalité ou sur la gravité des faits d'où le créancier prétend faire découler l'état de déconfiture, il faut recourir à la justice pour faire trancher le différend. Mais, dit-on, le jugement qui intervient dans ces circonstances, est simplement déclaratif : il ne produit pas la suppression du terme ; il vient uniquement reconnaître qu'elle a eu lieu.

A notre avis, pour qu'on puisse invoquer l'exigibilité anticipée causée par la déconfiture, il faut toujours obtenir une décision judiciaire [1], et cette décision a pour effet de modifier la situation antérieure du débiteur ; elle n'est donc pas simplement déclarative. Nous convenons que ce dernier caractère est bien celui de certains jugements qui viennent cependant constater une déchéance. Mais il n'en est ainsi que lorsqu'il s'agit d'une déchéance qui est la conséquence d'un fait précisé par la loi. Nous citerons comme exemple la perte de la tutelle encourue par la mère qui s'est remariée sans avoir,

par la justice : cette déchéance ne saurait avoir lieu de plein droit ». IV, n. 827 *in fine*. « La déconfiture, c'est-à-dire l'insolvabilité d'un non commerçant, disent également MM. Aubry et Rau, n'étant légalement attachée à aucun fait à la date duquel on puisse faire remonter l'exigibilité de la dette, il ne saurait y avoir lieu à compensation qu'à partir du jugement qui, en déclarant la déconfiture, *prononce la déchéance du bénéfice du terme* ». IV, p. 228, note 16. — M. Laurent n'est pas moins affirmatif : « Quand peut-on dire que le débiteur est déchu du bénéfice du terme? Il ne l'est pas par cela seul qu'il cesse ses paiements, *il faut que le créancier obtienne contre lui un jugement qui prononce la déchéance du terme ;* dès ce moment sa créance devient exigible et compensable ». XVIII, n. 414. — *Adde* Desjardins, n. 120, p. 404 et 405 ; Larombière, V, p. 141 (art. 1291, n. 27) ; Demolombe, XXV, n. 701, et XXVIII, n. 541. — Dans sa seconde édition, M. Vigié pose en principe, sous l'art. 1188, la nécessité d'une décision judiciaire pour l'existence de la déconfiture, II, n. 1371, p. 619. — L'auteur d'une remarquable thèse de doctorat, M. Ernest Pannier, pour justifier la nécessité d'un jugement, a présenté la disposition de l'art. 1188 comme une application de la règle formulée dans l'art. 1184. La déchéance du terme ne serait qu'une résolution du contrat pour cause d'inexécution d'un engagement, et c'est pour cela qu'elle devrait, conformément à l'art. 1184 al. 3, être prononcée par justice. Ernest Pannier, *Des conséquences juridiques de la déconfiture*, 1875, p. 250 s. Tout en admettant la nécessité d'une décision judiciaire, nous ne croyons pas pouvoir nous placer au même point de vue que M. Pannier. L'insolvabilité du débiteur ne constitue certainement pas ce que les rédacteurs de l'art. 1184 entendaient par *inexécution de l'engagement.*

[1] A moins, bien entendu, que les parties ne soient d'accord pour reconnaître la déchéance du terme.

conformément à l'art. 395 C. civ., convoqué le conseil de famille. Ici les juges n'ont qu'à procéder à une constatation. Leur décision est incontestablement déclarative. Quelquefois, il est vrai, les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation relativement à une déchéance, qui, néanmoins, a lieu de plein droit. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 801 : « L'héritier qui s'est rendu coupable de recélé... est déchu du bénéfice d'inventaire ». Cette formule impérative suppose bien que le bénéfice dont il s'agit est directement enlevé par la loi. Or cette sanction n'est attachée au recel que lorsqu'il a été effectué sciemment et de mauvaise foi, et c'est aux juges qu'il appartient de se prononcer à cet égard. Ici donc le pouvoir d'appréciation des tribunaux n'empêche pas que la déchéance se soit produite avant qu'il fût exercé. Mais, qu'on le remarque, dans ce cas le pouvoir d'appréciation est limité; il ne porte que sur la constatation d'un certain caractère que doit présenter le fait précisé par la loi. Lors, au contraire, que les tribunaux ont toute liberté pour déterminer les faits mêmes qui engendrent la déchéance, c'est à vrai dire leur décision qui modifie la situation juridique de la personne déchue d'un droit. Or, quand il y a suppression du terme par suite de la déconfiture, le jugement qui intervient est fondé sur un ensemble de faits (de là ces expressions de l'art. 1613 « *état* de déconfiture »), qui ne sont pas déterminés par le législateur et qui ont seulement la signification et la portée qu'il convient aux tribunaux de leur attacher. Des saisies pratiquées au préjudice du débiteur, porteraient-elles sur tous les biens qu'on lui connaît, ne prouvent pas nécessairement sa déconfiture. Il en est de même d'un procès-verbal de carence ou de l'ouverture d'une distribution par contribution. Comme l'a dit excellemment M. Labbé : « L'apparence de l'insolvabilité est un fait complexe, muable, susceptible de progrès, qui éclate et se fixe par une décision du juge [1] ». On ne peut

[1] Labbé, note précitée, p. 481, col. 2. — On peut comparer le jugement qui prive un débiteur du bénéfice du terme à celui qui prononce une séparation de biens. Ce dernier jugement, lui aussi, suppose l'appréciation par les juges de divers faits auxquels ils reconnaissent une portée que la loi ne leur a pas attachée; il est donc, comme la décision qui supprime le terme, plus que déclaratif; il modifie la situation

donc pas dire qu'antérieurement au jugement et en vertu de la loi même, les faits qui impliquent l'insolvabilité eussent la force d'entraîner la déchéance [1]. Il s'ensuit que la décision de justice est une condition essentielle de l'exigibilité anticipée, et que la suppression du terme ne peut pas remonter à une époque antérieure à ce jugement [2].

1014. 2° Le débiteur est encore déchu du bénéfice du terme

antérieure. Voilà pourquoi la séparation de biens ne résulte pas de plein droit de certains faits. — Labbé, note précitée. — Si les effets du jugement qui prononce la séparation de biens remontent au jour de la demande, tandis qu'il en est autrement, du moins dans notre opinion, des effets du jugement qui rend la dette exigible avant l'échéance, cela provient de ce qu'un texte formel, l'art. 1445, al. 2, a établi la rétroactivité de la première de ces décisions, et qu'il n'existe pas un pareil texte pour la seconde.

[1] D'après M. Planiol, qui n'admet pas la nécessité d'un jugement, il n'est pas exact que le terme soit supprimé par l'effet de la déconfiture : « Il faudrait modifier la formule traditionnelle et dire simplement que l'existence du terme n'empêche pas le créancier d'un débiteur insolvable de prendre part aux distributions de deniers, au lieu de parler en termes absolus, d'une déchéance du terme ». Aller plus loin, c'est méconnaître le but que le législateur a poursuivi : il a uniquement voulu que, lorsque le débiteur devient insolvable, le terme ne fasse pas obstacle aux poursuites du créancier. — V. note précitée. — L'intérêt de l'interprétation proposée par M. Planiol, c'est que si l'art. 1188 n'a pour effet que de permettre au créancier à terme de figurer dans les distributions par contribution, la compensation ne peut pas s'opérer à son profit avant l'échéance normale. L'opinion courante, suivant le même auteur, a le défaut de conférer au créancier à terme « l'équivalent d'un privilège sous la forme d'une compensation, car il bénéficie d'un paiement intégral, tandis que les autres ne reçoivent qu'une partie de ce qui leur est dû. On le soustrait involontairement *à la loi du dividende* ». *Loc. cit.* L'idée de M. Planiol est certainement ingénieuse. Mais nous ne croyons pas devoir l'accepter. Le législateur n'a pas établi pour la déconfiture, comme pour la faillite, une procédure spéciale destinée à sauvegarder dans la même mesure les droits des divers créanciers ; il ne s'est pas préoccupé de maintenir entre eux l'égalité proportionnelle. Cela est si vrai que le débiteur insolvable peut valablement payer un de ses créanciers par préférence aux autres, et rien ne s'opposerait, évidemment, à ce qu'il désintéressât dans ces conditions le créancier à terme.

[2] Dans l'arrêt précité du 30 mars 1862, la chambre civile, étant dispensée, vu l'espèce, de résoudre cette dernière question, s'est bornée à dire que les effets du jugement « ne sauraient, en aucun cas, remonter au delà du jour où la demande de paiement a été formée ». Mais Duranton (XII, n. 411) et Laurent (XVIII, n. 414 et 415) vont plus loin. Ils enseignent d'une façon positive que la déchéance du terme remonte au jour de la demande en justice. Nous ne sommes point de cet avis : comme le jugement qui prononce la déchéance du terme modifie la situation antérieure, il ne peut, en l'absence d'une disposition légale lui attribuant la rétroactivité, avoir effet qu'à partir du jour même où il a été prononcé. *Sic* Planiol, note précitée, p. 282, col. 1. — *Adde* Aubry et Rau, Demolombe et Larombière, *loc. cit.*

« *Lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait* » *données par le contrat à son créancier* ». Art. 1188-2°. Pour que cette disposition soit applicable, trois conditions sont requises. Il faut : 1° qu'il s'agisse de sûretés spéciales ; 2° que ces sûretés aient été diminuées ; 3° qu'elles aient été diminuées par le fait du débiteur.

1015. *Première condition.* — Le débiteur n'est pas déchu du terme lorsqu'il a compromis par son fait le droit de gage général et imparfait qui appartient à son créancier sur tous ses biens en vertu des art. 2092 et 2093 ; pour qu'il encoure cette déchéance, il faut que, par son fait, il ait diminué les sûretés particulières qu'il avait données au créancier par le contrat. En effet, de ce que ces sûretés ont été fournies dans la convention même, il résulte suffisamment quelles sont une condition essentielle du terme accordé par le créancier et que, si elles disparaissent en totalité ou en partie par le fait du débiteur, la concession du terme tombe par là même. Il a donc été jugé avec raison qu'il n'y a pas lieu de prononcer la déchéance du terme en faveur du créancier auquel nulle sûreté particulière n'avait été consentie ni même promise, bien que le débiteur, en disposant de ses immeubles, en les hypothéquant ou en laissant prendre contre lui des jugements suivis d'inscriptions d'hypothèques judiciaires, ait diminué ou même détruit le droit de gage général appartenant à ses créanciers en vertu des art. 2092 et 2093, si, du moins, il n'est pas dans un état certain d'insolvabilité et, par suite, en déconfiture [1].

[1] Metz, 16 déc. 1868, D. P., 69. 2. 206. Dans le même sens Colmet de Santerre, V, n. 111 *bis*-II ; Aubry et Rau, IV, p. 89, note 14 ; Larombière, III, p. 288 (art. 1188, n. 13) ; Demolombe, XXV, n. 672 ; Laurent, XVII, n. 201 ; Huc, VII, n. 288. — Civ. cass., 4 janv. 1870, S., 70. 1. 103, D. P., 70. 1. 11. — Bruxelles, 17 mai 1878, *Pas.*, 78. 2. 234. — Req., 24 juill. 1878, S., 79. 1. 455, D. P., 79. 1. 336. — Civ. cass., 10 mai 1881, S., 82. 1. 17 (note Lacointa), D. P., 82. 1. 201. — Trib. Bruges, 20 nov. 1882, *Pasicr.*, 83. 3. 78. — Cpr. Civ. cass., 24 nov. 1869, S., 70. 1. 120. — Par application de ces principes, il a été décidé avec raison : 1° que les porteurs d'obligations, émises par une compagnie de chemin de fer, sans aucune garantie spéciale, ne peuvent pas provoquer des mesures propres à sauvegarder leurs droits, en se fondant sur ce que la compagnie, par la rétrocession de son réseau à l'Etat, a supprimé le gage existant à leur profit sur les travaux de la voie ferrée, le matériel et les revenus de l'exploitation. — Civ. cass., 10 mai 1881, précité. — Caen,

Les sûretés auxquelles l'art. 1188 fait allusion sont surtout l'hypothèque conventionnelle, le nantissement, le cautionnement.

Ainsi le débiteur avait donné par le contrat à son créancier une hypothèque sur sa maison ou sur son domaine, et voilà qu'il démolit la maison, ou fait abattre une futaie qui doublait la valeur du domaine. Il perdra le bénéfice du terme; car il ne lui avait été accordé qu'en considération des sûretés fournies, et par conséquent sous cette condition implicite qu'il ne les diminuerait pas.

1016. Que décider si le débiteur diminue par son fait la sûreté résultant pour le créancier d'un privilège? Les auteurs sont d'avis que l'art. 1188 doit recevoir son application, et que, par suite, la créance devient immédiatement exigible (1).

A quoi M. Laurent objecte que l'art. 1188 établit une déchéance, et qu'on ne peut pas étendre sa disposition du cas qu'il prévoit à un cas différent; or c'est ce que l'on fait en l'appliquant à la diminution d'une sûreté instituée par la loi (le privilège ne peut pas résulter de la convention des parties), tandis qu'il parle seulement de la diminution d'une sûreté que le débiteur a *donné par le contrat* à son créancier (2). Nous croyons que la question doit se résoudre par une distinction. Il y a au moins un privilège qui résulte de la convention des parties, c'est celui qu'engendre le gage; nous ne doutons pas que, si le débiteur diminuait par son fait la valeur d'un objet qu'il aurait donné en gage à son créancier par le contrat, il perdrait le bénéfice du terme; on serait ici, non seulement dans l'esprit, mais aussi dans la lettre de l'art.

16 août 1882, D. P., 84. 2. 30, et Civ. cass., 6 janv. 1885, D. P., 85. 1. 55; — 2° que la dissolution anticipée d'une société commerciale, sa liquidation et la vente des immeubles qui en dépendaient ne sauraient entraîner la déchéance du terme qui lui a été accordé par un de ses créanciers, lorsque celui-ci s'est contenté, pour toute garantie, de la solvabilité personnelle des associés. — Dijon, 29 janv. 1878, S., 79. 2. 285, D. P., 79. 2. 37.

(1) *Sic* Duranton, XI, n. 125; Larombière, III, p. 287 (art. 1188, n. 11): Demolombe, XXV, n. 675. — Req., 8 août 1854, S., 54. 1. 110, D. *Rép. alph.*, v° *Office*, n. 285. — Req., 21 janv. 1861, S., 61. 1. 320, D. P., 61. 1. 170. — Nîmes, 18 mars 1862, S., 63. 2. 5.

(2) Laurent, XVII, n. 202. — V. dans le même sens Huc, VII, n. 288. — Cpr. Req., 24 juill. 1878, S., 79. 1. 455, D. P., 79. 1. 336.

1188. Nous en dirions autant, si le débiteur avait diminué par son fait la sûreté résultant d'un privilège établi par la loi sur le fondement d'une convention tacite qu'elle suppose intervenue entre les parties au moment du contrat, tel que le privilège du vendeur. En définitive, un semblable privilège résulte du contrat; c'est donc une sûreté *donnée par le contrat.* D'ailleurs cette sûreté, quoique légale, revêt encore un caractère conventionnel, en ce sens que les parties pourraient l'écarter par leur convention, et que, lorsqu'elles ne l'ont pas fait, le privilège est, sinon créé, tout au moins confirmé par leur volonté. Mais nous donnerions une solution différente pour les privilèges qui ne peuvent pas être considérés comme ayant leur fondement dans une convention tacite : tels sont les privilèges de l'art. **2101**. On ne peut pas dire que ces privilèges constituent une sûreté *donnée par le contrat*, et, par suite, l'art. **1188** devient inapplicable.

1017. Quant à l'hypothèque judiciaire, nous estimons qu'elle ne peut pas être considérée comme rentrant, même d'une façon indirecte, dans les *sûretés données par le contrat,* et, par conséquent, la disposition de l'art. **1188** lui est étrangère (1).

1018. *Deuxième condition.* — Il faut que le débiteur ait diminué les sûretés spéciales données par le contrat. Au point de vue de la déchéance du terme, le fait par le débiteur de ne pas fournir les sûretés spéciales qu'il a promises au créancier doit être assimilé à la diminution de celles qu'il a données à ce dernier par le contrat. Arg. art. **1184**, **1912** et **1977**. Telle est la décision expresse du Code civil italien (art. **1176**) et du Code civil espagnol (art. **1129**). Mais, en France, nonobstant le défaut d'un texte formel, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes en ce sens (2).

1019. Le débiteur ne pourrait pas échapper à la déchéance

(1) Demolombe, XXV, n. 676. — Comp. Duranton, XI, n. 125.

(2) Duranton, XI, n. 123; Marcadé, IV, n. 576; Aubry et Rau, IV, n. 89, note 15; Larombière, III, p. 293 (1188, n. 18); Demolombe, XXV, n. 677; Laurent, XVII, n. 204; Thiry, III, n. 12 *in fine;* Vigié, II, n. 1371, p. 619; Huc, VII, n. 288 *in fine.* — Paris, 2 mai 1811, D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1292. — Montpellier, 13 nov. 1834, S., 35. 2. 359, D. *Répert. alph.*, v° *loc. cit.* — Douai, 21 nov. 1846, D. P., 47. 2. 28.

du terme en offrant à la place des garanties promises d'autres garanties également sûres, car la convention fait la loi des parties. Aussi, lorsque le débiteur s'est engagé dans le contrat à constituer une hypothèque pour sûreté de sa dette, il ne peut pas, contre le gré du créancier, substituer à cette garantie un cautionnement, et même, lorsqu'il a promis par le contrat le cautionnement d'une personne déterminée, il ne peut pas, si le créancier n'y consent pas, remplacer cette garantie par le cautionnement d'une autre personne. En effet, cette substitution n'est admise que dans le cas de cautionnement légal ou de cautionnement judiciaire (1).

1020. Cependant, par la nature même des choses, le fait de ne pas fournir les garanties promises n'agit pas d'une façon aussi radicale que la diminution des garanties données par le contrat. Cette diminution est un résultat immédiatement et définitivement acquis, et la déchéance du terme est sa conséquence nécessaire. Au contraire, lorsque les sûretés promises n'ont pas été fournies, ce fait peut être réparé aussi longtemps qu'un jugement n'est pas venu déclarer la dette exigible, et, par suite, tant que cette décision n'a pas été rendue, le débiteur peut, en exécutant sa promesse, éviter la déchéance du terme, sauf, bien entendu, le cas où, d'après la convention, cette déchéance serait encourue de plein droit faute par le débiteur d'avoir donné les garanties dans un certain délai (2).

1021. Le législateur n'a pas énuméré les faits d'où résulte une diminution des sûretés spéciales; d'ailleurs, par la nature même des choses, il lui était impossible de le faire. Il appartient donc aux juges de résoudre la question.

1022. Cependant on s'accorde à reconnaître que le simple fait par le débiteur d'avoir consenti un droit réel sur l'immeuble hypothéqué ne saurait par lui-même porter atteinte à la garantie hypothécaire, et que, par conséquent, il n'entraîne pas la déchéance du terme. Pour que la concession du droit réel nuise au créancier, il faut qu'il ait omis de faire inscrire son hypothèque, et, dans ce cas, la véritable cause de la perte

(1) Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXV, n. 678.
(2) Larombière, III, p. 294 (art. 1188, n. 19); Demolombe, XXV, n. 679.

de cette garantie, c'est sa négligence. Quant au débiteur, il n'a fait qu'user de son droit, car, en hypothéquant son immeuble, il n'a évidemment pas perdu, même au regard du créancier, le droit de le grever, soit d'une servitude personnelle ou réelle, soit d'une autre hypothèque [1].

1023. On a beaucoup discuté sur le point de savoir si l'aliénation totale ou partielle de l'immeuble hypothéqué doit être considérée comme une diminution de sûreté dans le sens de l'art. 1188. Toutefois, remarquons-le, il n'est pas douteux que, lorsque l'aliénation a été suivie de la purge, et que le créancier a reçu du tiers acquéreur une somme inférieure au montant de sa créance, la sûreté résultant du gage hypothécaire est diminuée. Et il en est certainement ainsi, que l'aliénation ait porté sur la totalité ou seulement sur une partie de l'immeuble [2].

D'autre part, on admet très généralement que l'aliénation totale au profit d'une seule personne, abstraction faite des conséquences de la purge, ne rentre pas dans l'application de l'art. 1188. Il est indifférent, en effet, que l'acquéreur soit substitué au débiteur : l'aliénation totale n'a pour effet ni de diminuer la valeur de l'immeuble, ni d'altérer la nature du droit hypothécaire. On peut dire que le créancier, aussi longtemps que la purge n'intervient pas, demeure dans la même situation [3].

Mais la doctrine et la jurisprudence sont très divisées relativement à l'hypothèse où le débiteur n'a aliéné qu'un partie de l'immeuble hypothéqué. On enseigne, et il a été plusieurs fois jugé qu'on doit poser en principe que l'art. 1188 est alors applicable. Nous ne sommes point de cet avis. Pas plus lorsque l'aliénation est partielle que lorsqu'elle est totale, on ne peut décider *à priori* qu'elle constitue une diminution de la sûreté. D'abord il est vrai de dire de l'aliénation partielle, comme de l'aliénation totale, qu'elle n'affaiblit pas le droit

(1) Colmet de Santerre, V, n. 111 *bis*-III; Laurent, XVII, n. 205; Huc, VII, n. 288.

(2) Laurent, XVII, n. 206. — V. aussi Demolombe, XXV, n. 684.

(3) *Sic* Duranton, XI, n. 127; Demolombe, XXV, n. 686; Larombière, III, p. 291 (art. 1188, n. 17); Laurent, XVII, n. 206, p. 219 *in fine;* Huc, VII, n. 288, p. 387. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 111 *bis*-IV.

hypothécaire ; en effet, le morcellement de l'immeuble ne rend pas l'hypothèque divisible. Art. 2114. Sans doute, si la valeur d'une seule des parcelles n'est pas assez forte pour le désintéresser complètement, le créancier sera dans la nécessité de poursuivre deux ou plusieurs personnes, tandis qu'avant l'aliénation, il lui suffisait de s'attaquer au débiteur. Mais qu'importe ! puisque, aux yeux du législateur, l'indivisibilité de l'hypothèque est un remède à cet inconvénient. De plus, l'aliénation partielle ne diminue pas toujours la valeur totale de l'immeuble ; il arrive même souvent qu'elle augmente cette valeur. Nous ne voyons donc pas à quel point de vue on peut se placer pour décider en thèse qu'il faut appliquer à cette aliénation la disposition de l'art. 1188.

On objecte que l'éventualité de la purge est de nature à inquiéter le créancier, et qu'ainsi elle entraîne diminution de la sûreté. Mais n'en est-il pas de même au cas d'aliénation totale lorsque le prix est inférieur au montant de la créance garantie par l'hypothèque ? Dans ce cas aussi le créancier est menacé d'un paiement partiel. La conclusion logique serait donc que tout débiteur qui hypothèque son immeuble ne peut plus l'aliéner; mais cette conclusion est inadmissible, car elle est contraire non seulement au droit certain du débiteur, mais aussi à l'intérêt général (1).

D'ailleurs tous les auteurs, sauf M. Colmet de Santerre, enseignent que lorsque l'aliénation est totale, la simple possibilité de la purge n'entraîne pas diminution de la sûreté. Pourquoi donner une autre solution quand l'aliénation est partielle ?

Cependant, en fait, dans certains cas, l'aliénation partielle pourrait, dès avant la purge, rentrer dans l'application de l'art. 1188. En d'autres termes, si l'on ne doit pas ériger en principe que l'aliénation partielle, à la différence de l'aliénation totale, diminue la sûreté résultant du gage hypothécaire, il se peut que, vu les circonstances, il en soit ainsi. Cela revient à dire qu'il s'agit ici d'une question de fait (2). La

(1) Laurent, XVII, n. 207, p. 222.
(2) Laurent, XVII, n. 207 *in fine*. — Cpr. Civ. rej., 21 avril 1852, D., 54. 5. 538.

solution que nous adoptons a cette conséquence de mettre à la charge du créancier qui demande la déchéance du terme la preuve des circonstances particulières à raison desquelles l'aliénation partielle se trouve diminuer la sûreté; il ne lui suffit donc pas d'établir le simple fait de l'aliénation partielle.

1024. *Troisième condition.* — Il faut que la cause de la diminution des sûretés soit imputable au débiteur. Tel est le cas lorsque le débiteur modifie le mode d'exploitation de l'immeuble hypothéqué, si cette modification fait subir une dépréciation à l'immeuble (1).

D'ailleurs, il faut ici placer sur la même ligne le fait positif et le fait négatif, et, par conséquent, il y a déchéance du terme lorsque la diminution des sûretés provient de l'inaction du débiteur, de sa négligence ou de son oubli. Enfin la mauvaise foi n'est pas une condition de l'application de l'art. 1188, car, nous le répétons, la déchéance est encourue dès que la diminution des sûretés spéciales est imputable au débiteur (2).

1025. Mais le terme subsiste quand la diminution des sûretés a été causée par un cas fortuit ou de force majeure. C'est dire que, si elle est due au fait d'un tiers, elle n'entraîne pas la déchéance, car, par rapport au débiteur, le fait d'un tiers est un cas fortuit.

1026. Lorsque l'hypothèque constituée par le débiteur sur un immeuble indivis disparaît par suite de l'adjudication sur licitation au profit d'un copropriétaire du constituant, l'art. 1188 est-il applicable ? Il ne faut répondre affirmativement que si le débiteur a provoqué la licitation, ou s'il s'est abstenu de s'y opposer, alors qu'il en avait le moyen ; car c'est seulement dans ces hypothèses que la disparition des sûretés spéciales est imputable au débiteur. Ainsi il y aura déchéance du terme si la licitation a été le résultat d'un concert frauduleux ayant existé entre le débiteur et ses colicitants, ou, plus généralement, si elle n'était ni nécessaire, ni utile (3).

(1) Trib. Arlon, 19 juill. 1888, C. L. et B., 89. 365.

(2) Cpr. Demolombe, XXV, n. 681-682.

(3) D'après un arrêt de la cour de Bordeaux, la licitation, dans l'hypothèse prévue,

Mais, lorsque le débiteur a simplement subi la licitation, à laquelle il n'avait aucun moyen de s'opposer, on ne saurait appliquer la disposition de l'art. 1188 (1). Dans ce cas, si la sûreté s'évanouit, c'est là une conséquence de sa nature même. L'hypothèque reposant sur une portion indivise, a une existence essentiellement précaire. Il est normal qu'elle soit anéantie par l'effet d'une licitation faite à la requête d'un copropriétaire du constituant. Le créancier, au moment où cette hypothèque lui a été consentie, a dû en mesurer toute la fragilité et prévoir l'éventualité de sa disparition (2).

1027. Au surplus, nous devons généraliser et dire qu'il faut se prononcer dans le même sens toutes les fois que la sûreté s'est amoindrie ou a disparu par suite d'une particularité qu'elle présentait au moment où elle a été conférée et qui constituait pour le créancier un danger de lui connu et que le débiteur ne s'est pas engagé à faire disparaître. Par exemple, le créancier ne pourra pas invoquer l'art. 1188, si l'hypothèque qui lui a été consentie par le débiteur sur un immeuble vendu à celui-ci avec clause de réméré, est anéantie par l'exercice du droit de rachat (3).

1028. Toutes les fois que le débiteur a diminué par son fait les sûretés spéciales conférées par lui dans le contrat « il ne peut pas réclamer le bénéfice du terme ». Ainsi s'exprime le législateur dans l'art. 1188, et, comme on le voit, sa formule est absolue. Le débiteur ne peut donc pas échapper à la déchéance en offrant des nouvelles garanties, fussent-elles supérieures à celles qui ont été supprimées, fussent-elles manifestement suffisantes pour assurer le paiement de la dette. En effet, c'est en considération des sûretés conférées par

rendrait l'art. 1188 applicable sans que les juges aient à se préoccuper du point de savoir par qui elle a été demandée et si elle a été précédée d'une entente frauduleuse entre le créancier et ses copropriétaires. — Bordeaux, 14 fév. 1871, S., 71. 2. 108, D. P., 73. 2. 22. — Cette décision est manifestement contraire au texte de l'art. 1188, puisqu'il exige, pour la déchéance du terme, que les sûretés soient diminuées *par le fait* du débiteur.

(1) Cpr. Caen, 25 février 1837, S., 38. 2. 154, D. *Répert. alph.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1349.

(2) Demolombe, XXV, n. 688 *in fine* ; Laurent, XVII, n. 208.

(3) Demolombe, XXV, n. 688.

le contrat que le créancier a consenti à traiter. Il a fait de ces sûretés la condition même de son consentement. D'autre part, en les diminuant, le débiteur a violé la convention, qui faisait la loi des parties. Il ne mérite donc pas qu'on lui donne un moyen de maintenir le terme.

1029. L'art. 2131, prévoyant le cas où des immeubles hypothéqués ont péri ou ont été dégradés de telle sorte qu'ils ne suffisent plus pour la garantie du créancier, dispose que celui-ci pourra soit poursuivre dès à présent son remboursement, soit obtenir un supplément d'hypothèque. Et, comme l'art. 2131 ne précise pas à qui appartient le choix entre ces deux partis, on en conclut par argument des art. 1190 et 1247, que ce choix appartient au débiteur. Ce dernier peut donc empêcher l'exigibilité immédiate de la dette en constituant une hypothèque supplémentaire.

Or, quand le gage hypothécaire conféré par le contrat même a été diminué par le fait du débiteur, l'art. 1188 est applicable, et, par conséquent, la déchéance du terme est irrémissible.

Les deux hypothèses ne doivent pas être confondues ; dans le cas prévu par l'art. 2131, la perte ou la dégradation de l'immeuble hypothéqué résulte d'un cas fortuit ou de force majeure, par exemple du fait d'un tiers. Au contraire, pour que l'art. 1188 soit applicable, il faut que la diminution du gage hypothécaire provienne du fait du débiteur [1].

1030. La plupart des auteurs enseignent avec raison, d'après nous, que la suppression du terme doit être prononcée par justice lorsqu'elle provient de la diminution des sûretés spéciales. Ils donnent donc ici la même solution que pour le cas où la déchéance est motivée par la déconfiture du débiteur. Il y a, en effet, même raison de décider : le jugement qui constate la diminution des sûretés se fonde sur des faits qui, au point de vue dont nous parlons, n'ont pas une portée légale, c'est-à-dire une portée qui leur a été attribuée une fois pour toutes par la loi même, et, par conséquent, il est

[1] V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv. et hyp.*, II, n. 1390-1391.

modificatif de la situation antérieure et non pas seulement déclaratif [1].

1031. L'art. **124** du Code de procédure civile mentionne des causes de déchéance du terme qui ne sont pas énoncées dans l'art. **1188** du C. civ. Sont-elles particulières au terme de grâce ? Doivent-elles, au contraire, être étendues au terme de droit ? Il faut se prononcer pour la première opinion. L'art. **124** n'est relatif qu'au terme de grâce. Il est, en effet, conçu dans le même ordre d'idées que les art. **122** et **123**, auxquels il fait suite. Or ces deux derniers articles, dont l'objet est d'autoriser les tribunaux à accorder des délais pour l'exécution de leurs jugements, ne concernent, par la nature même des choses, que le terme de grâce. Il est d'ailleurs rationnel que le terme de droit ne se perde pas aussi facilement, puisqu'il résulte soit de la convention, soit d'une disposition légale, et que, par conséquent, à la différence du terme de grâce, il n'a pas le caractère de faveur [2]. Mais, en pratique, lorsque l'un des cas de déchéance exclusivement prévus par l'art. **124** se présentera, il se pourra que l'on soit aussi, par voie de conséquence, dans un de ceux que vise l'art. **1188**. Ainsi, en supposant que les biens du débiteur soient vendus à la requête des autres créanciers, rien n'empêchera les juges de décider, à raison de cette vente, que le débiteur est en état de déconfiture et que, par conséquent, la créance est exigible. Seulement ici, pour déclarer qu'il y a déchéance du terme de droit, ils ne devront pas se borner à constater que les biens ont été vendus à la requête des autres

(1) *Sic* Marcadé, IV, n. 827 *in fine* ; Aubry et Rau, IV, p. 228 ; Demolombe, XXV, n. 701, et XXVII, n. 541 ; Laurent, XVIII, n. 415. — *Contra* Huc, VII, n. 289, p. 388.

(2) *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 89, note 16 ; Demolombe, XXV, n. 670 ; Laurent, XVII, n. 209 ; Vigié, II, n. 1373 ; Huc, VII, n. 289, p. 388. — *Contra* Larombière, III, p. 284 (art. 1188, n. 5). D'après ce dernier auteur, les cas mentionnés dans l'art. 124 et qui ne sont pas expressément visés par l'art. 1188 supposeraient forcément la déconfiture du débiteur, et rentreraient toujours, en conséquence, dans l'application de l'art. 1188. La question de savoir si l'art. 124 régit le terme de droit serait donc sans portée pratique, puisque, dans tous les cas prévus par sa disposition, l'art. 1188 serait également applicable au terme de droit. Nous n'admettrons pas cette idée, car elle découle de la définition inexacte que M. Larombière donne de la déconfiture.

créanciers ; il leur faudra préciser que les circonstances dans lesquelles cette vente a eu lieu impliquent l'insolvabilité du débiteur [1].

B. *Des effets de la déchéance du terme.*

1032. La déchéance du terme a pour effet de rendre la dette exigible ; en principe, le créancier se trouve, au point de vue de l'exercice des poursuites, dans la même situation que si le terme était échu. Il peut donc, dès ce moment, assigner le débiteur, lui adresser un commandement, pratiquer à son préjudice des saisies de toute nature, former opposition, produire à un ordre ou à une distribution par contribution pourvu qu'il satisfasse, d'autre part, aux conditions reprises pour l'usage de ces voies de droit [2]. Nous verrons toutefois que cette proposition ne doit pas être prise dans un sens absolu.

1033. Alors même que la créance n'est pas productive d'intérêts, le créancier peut demander immédiatement le paiement du capital sans être tenu de déduire l'escompte à raison de l'anticipation sur l'époque de l'exigibilité normale. Sans doute, la déchéance du terme sera ainsi pour le créancier l'occasion d'un profit. Mais, d'abord, le débiteur ne saurait s'en plaindre, puisque ce résultat se produit par son fait. En outre, toute déchéance suppose que la condition de celui qui la subit devient pire ; on ne pourrait donc pas dire que le débiteur subit la déchéance du terme si le créancier devait, par la déduction de l'escompte ou de toute autre façon, le dédommager du préjudice que lui cause l'exigibilité anticipée. Enfin, si l'on diminuait le capital parce qu'il est payé avant le terme, on s'exposerait, sans raison aucune, à léser le créancier, car, en général, il serait bien préférable pour celui-

(1) Demolombe et Laurent, *loc cit.*

(2) La déchéance du terme a même pour effet, lorsqu'il a été stipulé que le créancier ne pourrait poursuivre le débiteur qu'après lui avoir fait signifier préalablement une sommation ou un commandement, de le dispenser de ce préliminaire. Cette stipulation, en effet, constitue une prolongation de terme ; elle est donc naturellement comprise dans le bénéfice dont le débiteur se trouve déchu. D'ailleurs, les faits qui motivent la déchéance du terme, supposent qu'il y a, pour le créancier, péril en la demeure : c'est une raison de plus pour que la stipulation dont nous parlons perde sa valeur. Larombière, III, p. 300 (art. 1188, n. 26) ; Demolombe, XXV, n. 695.

ci de toucher la totalité du capital au moment de l'échéance que de recevoir par anticipation un paiement réduit [1].

1034. Toutefois, si dans le montant de l'obligation les parties avaient englobé avec le capital les intérêts à échoir jusqu'à l'époque du terme, il y aurait lieu de déduire ceux qui ne seraient pas échus, en supposant du moins que, dans le contrat, on eût déterminé séparément le chiffre du capital. Le créancier ne peut pas conserver des intérêts représentant une jouissance qu'il a recouvrée. Sans quoi son argent pourrait lui rapporter des intérêts de deux côtés différents, ce qui est inadmissible [2].

1035. Lorsqu'un des événements prévus dans l'art. 1188 se produit, la dette devient exigible, et le créancier, avons-nous dit, est en droit d'exercer les mêmes poursuites que si le terme était échu. Mais, comme nous l'avons indiqué, ce n'est point là une règle absolue. Il y a même entre les deux hypothèses des différences très importantes.

1036. C'est ainsi que la déchéance du terme résultant de la faillite du débiteur ne rend pas possible la compensation, en supposant que le failli puisse, de son côté, faire valoir contre l'autre partie une créance échue. Art. 446, al. 3, C. com. (l. du 28 mai 1838). Cette solution n'est qu'une conséquence des principes qui gouvernent la faillite. L'exigibilité qui découle du jugement déclaratif a été admise dans l'intérêt collectif de la masse et en vue d'assurer l'égalité entre les divers créanciers du failli. Cette idée est exclusive de la compensation qui favoriserait un créancier au détriment des autres.

Il y a plus : il faut, pour que deux dettes soient compensables entre elles, qu'elles soient liquides l'une et l'autre. Or l'exigibilité, lorsqu'elle résulte d'une déclaration de faillite, a pour conséquence nécessaire de faire perdre ce caractère à la créance, puisque l'objet de celle-ci n'est plus qu'un dividende, c'est-à-dire une somme qui n'est pas connue au moment où la faillite est déclarée [3].

(1) Larombière, p. 301 (art. 1188, n. 27) ; Demolombe, XXV, n. 696 ; Laurent, XVII, n. 211.

(2) Larombière et Laurent, *loc. cit.* ; Demolombe, XXV, n. 697.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 228 ; Larombière, V, p. 218 (art. 1298, n. 6) ; Demo-

Il en est de même quand la déchéance du terme est le résultat de la mise du débiteur en liquidation judiciaire.

1037. Au contraire, lorsque la déchéance résulte de la déconfiture, la compensation peut s'opérer; car la déconfiture, à la différence de la faillite, ne fait pas obstacle à ce que l'un des créanciers soit payé par préférence aux autres.

Mais l'état d'insolvabilité qui constitue la déconfiture ne pouvant exister qu'en vertu d'un jugement, c'est seulement à partir de la prononciation de celui-ci que la compensation devient possible, et, une fois le jugement rendu, on ne saurait la considérer comme remontant à une époque antérieure (1).

Il en est de même lorsque l'exigibilité anticipée provient de la diminution des sûretés spéciales; dans ce cas aussi la compensation ne peut s'opérer que lorsqu'une décision judiciaire a prononcé la déchéance du terme (2).

1038. L'exigibilité résultant de la déchéance du terme ne peut pas être opposée à certaines personnes qui sont tenues de la dette soit avec le débiteur, soit pour lui. Et c'est une raison de plus pour ne pas l'assimiler à l'exigibilité ordinaire.

1039. En premier lieu, la déchéance du terme encourue par un des codébiteurs solidaires n'atteint pas les autres. Cela s'explique facilement : si dans le cas de solidarité passive il y a unité de dette, il y a néanmoins pluralité de liens. Chacun des codébiteurs solidaires joue le rôle de débiteur principal, et, par suite, ils ont tous un droit égal à bénéficier de la stipulation du terme. La dette ne peut donc pas, par le fait d'un seul,

lombe, XXV, n. 540; Laurent, XVIII, n. 413; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, VII, p. 167, n. 216, et p. 211, n. 261; Valabrègue, *Nouv. cours de dr. com.*, n. 338, p. 452; Thaller, *Tr. élém. de dr. com.*, p. 910-911, n. 1649-1652. — Civ. cass., 14 mars 1854, S., 54. 1. 355, D. P., 54 1. 132. — Civ. cass., 27 juin 1876, S , 77. 1. 241, D. P., 77. 1. 121. — Nous ne citons que les décisions judiciaires postérieures à la loi du 28 mai 1838 et les auteurs qui ont écrit depuis la promulgation de cette loi.

(1) Marcadé, IV, n. 827, *in fine;* Aubry et Rau, IV, p. 228, texte et note 16; Desjardins, *Compens.*, n. 120, p. 404 et 405; Larombière, V, p. 141 (art. 1291), n. 27; Demolombe, XXV, n. 701 et XXVIII, n. 541; Laurent, XVIII, n. 414; Huc, VIII, n. 156. — Cpr. Civ. cass., 30 mars 1892, S., 92. 1. 481 (note Labbé, conforme), D. P., 92. 1. 281.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 229, texte et note 17; Demolombe, *loc. cit.;* Laurent, XVIII, n. 415; Huc, *loc. cit.*

devenir exigible à l'égard de tous. Le système contraire aboutirait à faire payer par les débiteurs qui n'ont rien fait pour être déchus du terme, plus qu'ils ne doivent, car ils ne se sont obligés que pour l'échéance, et, si on les contraignait à payer plus tôt, on leur ferait, par là même, payer davantage (1).

Il faut, d'ailleurs, se prononcer ainsi, quelle que soit la cause qui entraîne la déchéance du terme, faillite, liquidation judiciaire, déconfiture ou diminution des sûretés spéciales données par le contrat (2).

1040. Nous déciderons de même en ce qui concerne la caution, solidaire ou non. Même quand elle a purement et simplement garanti la dette, sans stipuler pour son engagement propre un terme spécial, elle n'est pas tenue, nonobstant la déchéance encourue par le débiteur principal, de payer avant l'expiration du délai qui avait été accordé à celui-ci. D'après l'art. **2011**, il est vrai : « *Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». Mais cette disposition ne suppose point que la caution s'engage à payer à tout moment. Suivant la remarque très juste de la cour de cassation, « l'art. **2011** C. civ. a pour objet de déterminer à l'égard de la caution les effets de son engagement devenu exigible, et non les conditions d'exigibilité de cet engagement ». Si l'on recherche quelle a été l'intention vraisemblable de la caution au moment du contrat, il faut admettre qu'ayant traité sur la foi de la stipulation d'un terme, elle a entendu s'approprier cette stipulation et qu'elle en a fait une condition de son intervention. Or, d'après l'art. **2015**,

(1) *Sic* Delvincourt, II, p. 704 ; Duranton, XI, n. 119 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 386, note 11 ; Pardessus, IV, n. 1129 ; Boulay-Paty, *Faillites*, I, n. 115 ; Renouard, *Faillites*, I, p. 321 ; Bédarride, *Faillites*, I, n. 94 ; Laroque-Sayssinel, *Faillites*, art. 444, n. 11 ; Rodière, *Solidarité*, p. 223 ; Aubry et Rau, IV, p. 90 ; Larombière, III, p. 297 (art. 1188, n. 23) ; Demolombe, XXV, n. 703 ; Laurent, XVII, n. 214 ; Huc, VII, n. 289, p. 388 ; Valabrègue, *Nouv. cours de dr. com.*, n. 338, p. 452 ; Planiol, note dans D. P., 91. 1. 5 ; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. com.*, II, n. 2695, et *Tr. de dr. com.*, VII, n. 264 *bis*. — Bordeaux, 10 mars 1854, S., 54. 2. 515, D. P., 55. 2. 246. — *Contra* Laurin, *Cours élém. de dr. comm.*, n. 982 *bis*. — Bordeaux, 6 janv. 1836, S., 36. 2. 98.

(2) Trib. com. de Marseille, 13 novembre 1897 (liquidation judiciaire), *Gaz. Pal.*, 97. 2. 583.

« *On ne peut pas l'étendre* (le cautionnement) *au delà des limites dans lesquelles il a été contracté* ». Ce qui se comprend d'autant plus que le cautionnement est un acte de bienfaisance. L'engagement de la caution a, il est vrai, le caractère d'engagement accessoire ; mais il ne faut pas exagérer cette idée et en conclure que l'obligation de la caution doit subir, par contre coup, toutes les modifications qui se produisent dans la manière d'être de l'obligation principale. De même que la renonciation au terme volontairement faite par le débiteur principal ne saurait nuire à la caution, de même la déchéance encourue par ce débiteur en vertu de l'art. 1188 ne lui est pas opposable : dans les deux hypothèses, il y a également pour elle droit acquis au bénéfice du terme. Au surplus, les circonstances qui ont amené cette déchéance sont toutes particulières au débiteur principal : la déconfiture de ce débiteur, par exemple, n'empêche pas la caution d'être solvable ; l'exigibilité anticipée ne saurait donc être invoquée contre cette dernière. D'ailleurs la déchéance du terme, comme toutes les déchéances en général, doit être essentiellement personnelle.

Enfin, on peut faire valoir aussi deux arguments de texte qui sont fournis par l'art. 444 C. com. Dans son premier alinéa, cette disposition porte que : « Le jugement déclaratif de faillite rend exigibles, *à l'égard du failli,* les dettes passives non échues ». Ces mots « *à l'égard du failli* », ajoutés par la loi du 28 mai 1838, prouvent bien que l'exigibilité résultant de la faillite est purement relative, car, si le législateur avait entendu que les cautions fussent aussi tenues de payer immédiatement, il ne se serait pas borné à dire « *à l'égard du failli* » ; il aurait ajouté : « *et à l'égard des cautions* ». Cet argument a d'autant plus de portée qu'avant la loi du 28 mai 1838, l'ancien article 448 du C. de com., qui est devenu l'art. 444, disait, en termes généraux : « L'ouverture de la faillite rend exigibles les dettes passives non échues ». Ainsi rédigé, ce texte paraissait viser les cautions du failli comme le failli lui-même. Si, en 1838, le législateur a cru nécessaire d'insérer cette précision « *à l'égard du failli* », c'est évidemment parce qu'il considérait la formule primitive comme trop large. Cela suppose bien qu'il n'entendait pas que le texte du premier

alinéa de l'art. 444 C. com., fût applicable aux personnes qui auraient cautionné les dettes du failli.

Bien plus ! le second alinéa du même article qu'on invoque cependant en sens contraire, vient, lui aussi, à l'appui de notre opinion. Il est ainsi conçu : « En cas de faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change, ou du tireur à défaut d'acceptation, les autres obligés *seront tenus de donner caution pour le paiement à l'échéance, s'il n'aiment mieux payer immédiatement* ». Ce texte signifie que, lorsque, en matière de lettre de change ou de billet à ordre, le principal obligé est en faillite, les autres signataires de l'effet doivent fournir une caution pour remédier à la diminution de crédit que subit la lettre de change ou le billet à ordre. Mais il ne dit point que la dette devient exigible au regard de ces autres signataires. En ce qui les concerne, le paiement immédiat est facultatif. Ils peuvent y recourir, s'ils le préfèrent. Sur ce point la loi leur accorde une *facultas solutionis*. Cela est si vrai que, si les créanciers du failli formaient contre eux, avant l'échéance, une demande tendant à les faire condamner à payer, cette demande ne serait pas recevable. Il n'y a donc pas déchéance du terme à l'égard des signataires de l'effet autres que le débiteur principal, c'est-à-dire à l'égard de ceux qui, ayant le droit de recourir contre ce débiteur, lorsqu'ils payent l'effet, sont bien, en définitive, des cautions [1].

Remarquons, en terminant, qu'il n'y a jamais eu controverse relativement à l'hypothèse où la caution a eu le soin de stipuler, en ce qui la concerne, le bénéfice du terme convenu

[1] *Sic* Massé Vergé, *loc. cit.* ; Esnault, *Faillites*, I, n. 170 ; Pardessus, *Dr. comm.*, IV, n. 1130 ; Alauzet, *Comment. C. de comm.*, VI, n. 2487 ; Bravard et Demangeat, *Dr. comm.*, V, p. 168 ; Demolombe, XXV, n. 705 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, II, n. 2695, et *Tr. de dr. com.*, VII, n. 264 *bis*, p. 214 ; Vigié, III, p. 584, note 1 ; Valabrègue, *loc. cit.* — Paris, 24 déc. 1842, D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1306. — Bordeaux, 10 mars 1854, D. P., 55. 2. 246. — Paris, 25 juin 1867, S., 68. 2. 222. — Rouen, 29 juin 1871, S., 71. 2. 220, D. P., 73. 2. 206. — Trib. com. de Marseille, 1er déc. 1881, *Journ. des Faillites*, 1882, p. 360. — Req., 3 juill. 1890, S., 90. 1. 445, D. P., 91. 1. 5 (note Planiol). — *Contra* Aubry et Rau, IV, p. 90, texte et note 18 ; Larombière, III, p. 296 (art. 1188, n. 22) ; Laurent, XVII, n. 213. — M. Huc se prononce dans le même sens, VII, n. 289, p. 388 ; mais il ne motive pas sa décision.

également en faveur du débiteur principal. On s'accorde à décider qu'alors la déchéance encourue par le débiteur n'a pas d'effet contre la caution [1]; mais n'est-ce pas reconnaître que l'obligation ne doit pas nécessairement subir à l'égard de la caution les modifications qui viennent l'affecter à l'égard du débiteur principal ?

Pour cette question, comme pour la précédente, il n'y a pas à distinguer entre le cas où l'exigibilité anticipée est motivée par la faillite ou la déconfiture, et celui où elle a pour cause la diminution des sûretés spéciales données par le contrat ; les motifs de décider sont toujours les mêmes [2].

1041. On considère aujourd'hui comme indiscutable que le créancier peut, lorsque le débiteur est déchu du terme, agir immédiatement contre le tiers qui est détenteur d'un immeuble hypothéqué à la sûreté de la dette, si du moins ce tiers n'est pas une caution réelle, c'est-à-dire si ce n'est pas lui qui a constitué l'hypothèque [3]. En effet, le tiers détenteur est tenu, d'après l'art. 2168, de payer « tous les intérêts et capitaux exigibles », ou, comme dit l'art. 2169, « la dette exigible ». Peu importe la cause de l'exigibilité, fût-ce la déchéance du terme, car la loi ne distingue pas. Sans doute, conformément à la disposition de l'art. 2167, le tiers détenteur jouit « des termes et délais accordés au débiteur originaire ». Mais cela suppose qu'ils sont maintenus à l'égard de ce dernier. Dans le cas contraire, il n'y a aucune raison pour que le tiers détenteur puisse en réclamer le bénéfice : entre lui et le créancier, il n'est pas intervenu de convention, et, par suite, à la différence de la caution, il ne peut pas dire que, s'il a traité, c'est sur la foi

(1) Aubry et Rau, IV, p. 90 ; Larombière, III, p. 297 (art. 1188, n. 22). — Nîmes, 18 mars 1862, S., 63. 2. 5.

(2) D'après Duranton, la dette ne deviendrait pas exigible à l'égard de la caution quand la déchéance du terme est la conséquence de la faillite ou de la déconfiture ; mais on devrait « peut-être » donner la solution contraire dans le cas où cette déchéance résulte de la diminution des sûretés spéciales que le débiteur a données par le contrat. XI, n. 120. Cette distinction, que Duranton n'ose pas formuler d'une façon positive, est purement arbitraire.

(3) Autrement il serait en droit d'exciper de la convention intervenue entre lui et le créancier pour soutenir que, s'il a consenti à hypothéquer son immeuble, c'est à raison du terme qui affectait la dette, sous la condition que cette modalité lui profiterait. — Demolombe, XXV, n. 709.

de la promesse, que le créancier lui aurait faite implicitement, de ne pas le poursuivre avant l'échéance. En réalité, le créancier, quand il exerce son droit de suite, n'agit pas contre une personne; il poursuit l'immeuble qui répond du paiement de sa créance, et l'on ne voit pas, par conséquent, à quel titre le tiers détenteur pourrait, de son chef, lui opposer le bénéfice du terme [1].

SECTION III

DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES [2]

I. *Des caractères de l'obligation alternative.*

1042. L'obligation alternative est celle qui comprend deux choses ou mieux deux prestations sous une alternative, de sorte que le débiteur n'est tenu d'effectuer que l'une d'elles [3] : « *Le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la dé-* » *livrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans* » *l'obligation* », dit l'art. **1189**.

D'ailleurs l'obligation dont nous parlons peut comprendre plus de deux prestations; cette complication n'amènerait aucun changement dans les règles à appliquer : « *Les mêmes prin-*

[1] *Sic* Delvincourt, III, p. 379; Pont, *Priv. et hyp.*, II, n. 1131; Martou, III, n. 1252; Aubry et Rau, III, p. 436, note 1; Demolombe, XXV, n. 708; Laurent, XVII, n. 215; Huc, VII, n. 289, p. 388; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, VII, n. 265, p. 216; Planiol, note précitée; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantiss., priv. et hyp.*, III, n. 2175 *in fine*. — *Contra* Duranton, XX, n. 229; Taulier, VII, p. 381.

[2] Le premier projet de Code civil présenté à la convention par Cambacérès ne contenait sur les obligations alternatives que la disposition suivante : « Celui qui s'est obligé à livrer de deux choses l'une, est maître du choix. Si l'une des deux périt, il doit livrer l'autre ». Liv. III, tit. I, art. 23. — Fenet, I, p. 67. — Cpr. le troisième projet de Cambacérès, art. 727. — Fenet, I, p. 279. — C'était, croyons-nous, suffisant. — Le C fédér. des oblig. consacre simplement à notre sujet une courte disposition. Art. 82.

[3] Dans l'art. 1189, ainsi d'ailleurs que dans les art. 1191 s., le terme *chose* est pris dans un sens large et comme synonyme de prestation : « Une obligation est alternative, dit Bigot-Préameneu, lorsque quelqu'un s'oblige à donner *ou à faire* une chose ou une autre, de manière qu'en s'acquittant d'une de ces choses, il soit entièrement libéré ». *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 245; Locré, XII, p. 344, n. 75, al. 2. — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 245 (édit. Dupin, I, p. 122); Colmet de Santerre, V, n. 114 *bis*. — Cpr. C. civ. port., art. 733; C. civ. esp., art. 1131.

cipes, dit l'art. 1196, *s'appliquent au cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative* » (1).

Mais, remarquons-le dès à présent, cette obligation suppose nécessairement que les divers objets sont dénombrés et expressément déterminés (2).

Il n'est point nécessaire que l'alternative porte exclusivement sur des choses *stricto sensu,* ou exclusivement sur des faits, ou exclusivement sur des abstentions : l'un de ses termes peut être une chose, et l'autre un fait ou une abstention, ou encore l'un peut être une abstention et l'autre un fait (3).

1043. Mais, en réalité et sauf les restrictions que nous indiquerons bientôt, l'obligation qui est présentée comme portant disjonctivement sur deux sommes inégales ou sur deux quantités différentes d'une même chose, n'est pas alternative ; elle a certainement le caractère d'obligation simple. Tel sera le cas si je vous promets de vous payer 1.000 ou 2.000 fr., ou encore de vous donner 10 ou 20 hectolitres de froment. Dès le début, une pareille obligation n'a qu'un objet, qui est la somme ou la quantité moindre, si le choix appartient au débiteur, et la somme ou la quantité la plus forte, si l'option a été conférée au créancier. N'est-il pas, en effet, éminemment invraisemblable que, dans le premier cas, le débiteur préfère payer la somme ou la quantité la plus forte, et que, dans le second cas, le créancier demande la plus faible ?

Toutefois notre solution suppose que les modalités sont les mêmes pour les divers membres de l'alternative. S'il en était autrement, celle des parties qui est appelée à choisir aurait un intérêt à opter entre les deux sommes ou quantités inégales : Je vous promets de vous payer 1.000 fr. dans six mois ou 2.000 fr. dans trois ans. On conçoit facilement que je puisse préférer vous payer la plus forte des deux sommes ou qu'il y ait avantage pour vous à exiger la plus faible.

Il n'est même pas impossible qu'en dehors de toute différence dans les modalités, le débiteur ou le créancier ait un

(1) Dumoulin, *Div. et indiv.*, part. II, n. 122.
(2) V. *infra*, n. 1054.
(3) Duranton, XI, n. 135; Marcadé, IV, n. 579 ; Demolombe, XXVI, n. 4.

intérêt à se prononcer pour le parti qui, en général, serait le moins avantageux pour lui : Je vous promets de vous prêter 5.000 ou 10.000 fr. Cette obligation est alternative si j'ai intérêt à vous prêter une somme ronde (1).

1044. Les divers objets compris dans l'alternative sont dus immédiatement. Ils sont, comme disaient la plupart des anciens auteurs, *in obligatione* (2). Mais, quand l'option aura lieu, l'obligation se concentrera sur la prestation choisie, et, par conséquent, elle ne portera plus sur les autres (3). Ceci nous amène tout naturellement à rapprocher l'alternative de la solidarité. Sous le rapport de leur structure juridique il existe entre les deux modalités une grande ressemblance. De même que, par l'effet de la solidarité passive, les divers débiteurs sont tenus de l'obligation, bien que le paiement fait par l'un d'eux doive libérer ses codébiteurs ; de même, par l'effet de l'alternative, les diverses prestations sont comprises dans la dette, bien que l'accomplissement de l'une d'elles doive faire cesser l'obligation quant aux autres. On a dit avec raison que l'alternative est une solidarité *réelle et objective* (4).

1045. Le but pratique de l'obligation alternative est de donner au créancier plus de chances d'être payé que ne le fait l'obligation pure et simple. Si, en effet, l'une des deux prestations devient impossible pour une cause non imputable au

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 245, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 121); Duranton, XI, n. 134; Larombière, III, p. 313 (art. 1189, n. 9); Demolombe, XXVI, n. 5.

(2) Dumoulin était d'un avis différent. *Div. et indiv.*, part. II, quest. 5 et 6, n. 117 s. : « *Ergo, non utrumque, sed alterutrum tantum est in obligatione...* » — Dans le même sens Toullier, VI, n. 689; Larombière, III, p. 310 (art. 1189, n. 6, dern. al). — Cpr. Pothier, *Oblig.*, n. 248 (éd. Dupin, I, p. 122); Marcadé, IV, n. 579 *in fine)*; Laurent, XVII, n. 217. — La proposition exprimée par Dumoulin nous paraît inexacte. Ce qu'il dit est vrai du paiement, et non de l'obligation. Il faudrait rectifier ainsi sa formule : « *Alterutrum tantum est in solutione* ». Mais les diverses prestations sont toutes dues principalement et de la même manière. — Demolombe, XXVI, n. 8 ; Thiry, p. 16, n. 13. — V. aussi Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, IV, n. 424, p. 478.

(3) Il n'est pas besoin, d'ailleurs, pour expliquer ce résultat, de dire que chacun des objets est dû sous la condition que les autres ne seront pas choisis. V. *infra*, n. 1074 *in fine*.

(4) Demolombe, XXVI, n. 8. — Sur la doctrine allemande v. Saleilles, *Essai d'une théorie génér. de l'oblig.*, p. 8, note 5. — V. aussi Carnazza, *Le obbligazioni alternative nel diritto romano et nel diritto civile italiano*, p. 10, n. 6.

débiteur, par exemple à raison de la perte par cas fortuit du corps certain et déterminé qui devait en être l'objet, l'obligation ne s'éteint pas, pourvu que l'autre prestation ne soit pas dans le même cas. A supposer que l'obligation comprenne des prestations plus ou moins nombreuses, il suffit qu'une seule d'entre elles ne devienne pas impossible dans les conditions indiquées plus haut, pour que l'obligation subsiste.

Cette idée que l'alternative constitue une garantie de paiement est d'une grande importance. Elle fournit une règle d'interprétation que nous devrons appliquer lorsque nous examinerons la question de savoir si la concentration de l'obligation sur un des objets peut résulter de la simple désignation de cet objet par le débiteur [1].

Le but que nous assignons à l'alternative est aussi celui de la solidarité passive. Cette dernière également s'explique par l'intention d'augmenter pour le créancier les chances d'être payé ; elle est donc, elle aussi, une garantie de paiement, et, par conséquent, les deux modalités se ressemblent, non seulement quant à leur structure juridique, comme nous l'avons dit plus haut, mais encore au point de vue de leur but pratique.

1046. « *L'obligation est pure et simple, quoique contractée* » *d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises* » *ne pouvait être le sujet* [lisez *l'objet*] *de l'obligation* ». Art. **1192.**

D'où ces conséquences :

1° Si l'une des deux choses promises disjonctivement n'est pas dans le commerce, l'obligation est pure et simple, car elle n'a qu'un objet ;

2° Il en est de même si l'une des prestations avait pour objet un fait illicite [2].

3° Si vous m'avez promis sous une alternative deux choses dont l'une m'appartient, l'obligation est pure et simple, c'est-

[1] V. *infra*, n. 1062-1063.

[2] Mais si les juges déclaraient qu'en pareil cas les contractants ont déguisé la véritable portée de la convention, et qu'en réalité, celle-ci a fait naître, non pas une obligation alternative, mais une obligation principale illicite, suivie d'une clause pénale, c'est le premier alinéa de l'art. 1227 qui serait applicable.

à-dire qu'elle a exclusivement pour objet la chose qui ne m'appartient pas, car celle qui m'appartient ne peut pas faire l'objet d'une obligation, contractée envers moi, de m'en transférer la propriété [1].

C'est au moment de la naissance de l'obligation qu'il faut se placer pour décider si l'on se trouve dans le cas prévu par l'art. **1192**. Dès qu'à ce moment une chose n'est pas susceptible d'être l'objet de l'obligation, celle-ci est pure et simple. Peu importe que, dans la suite, l'objet qui, au début, était impossible ou illicite, perde ce caractère. Ainsi, nonobstant ce fait, l'obligation ne pourra pas, de pure et simple, devenir alternative [2].

1047. A l'obligation alternative, on oppose l'obligation conjonctive qui comprend diverses prestations dues cumulativement, de telle sorte que l'obligation n'est pas entièrement exécutée si l'une de ces prestations n'est pas accomplie. Dans l'obligation conjonctive, comme dans l'obligation alternative, toutes les choses promises sont *in obligatione;* mais, dans la première, — ce qui n'est pas vrai dans la seconde —, toutes ces choses doivent être payées. Il s'ensuit, d'une part, que le créancier est en droit de demander en même temps l'accomplissement de toutes les prestations, et, d'autre part, que les offres faites par le débiteur ne sont pas valables si elles ne portent pas sur toutes les choses promises.

De même, si certaines de ces choses sont mobilières et certaines immobilières, la nature de l'obligation n'en sera pas moins immédiatement déterminée, et il y aura, non pas un ensemble d'obligations, dont les unes mobilières et les autres immobilières, mais bien une seule obligation ayant pour partie chacun de ces caractères [3].

La particule disjonctive *ou* est caractéristique de l'obligation alternative, la conjonctive *et* de l'obligation conjonctive.

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 249 (éd. Dupin, I, p. 122); Toullier, VI, n. 694; Larombière, III, p. 332 (art. 1192, n. 1); Demolombe, XXVI, n. 12.

(2) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, IV, 421, p. 476. — V. aussi Demolombe, XXVI, n. 12.

(3) *Sic* Larombière, III, p. 308 (art. 1189, n. 5); Aubry et Rau, IV, p. 44; Demolombe, XXVI, n. 24-29; Laurent, XVII, n. 224-225; Thiry, III, n. 13. — *Contra* Toullier, VI, n. 686.

1048. Il faut encore soigneusement distinguer l'obligation alternative de l'obligation facultative. Celle-ci ne comprend qu'une seule prestation, mais avec *faculté* pour le débiteur de se libérer en accomplissant une autre prestation. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue à Paul dix hectares de terre à prendre dans mon domaine de N... ; cependant je laisse à mon héritier la faculté de se libérer envers le légataire en lui payant à la place une somme de 10.000 fr. ». L'héritier n'est tenu que d'une seule prestation, une seule chose est due par lui, et le légataire ne peut réclamer que celle-là, les dix hectares de terre ; mais l'héritier a la faculté de se libérer en payant une autre chose, la somme de 10.000 fr.

Les testaments sont, dans la pratique, la source la plus féconde des obligations facultatives. Le Code civil nous offre cependant quelques autres exemples d'obligations de cette espèce, notamment dans les art. 891, 1681, 2131. L'art. 1681 est ainsi conçu : « Dans le cas où l'action en rescision est » admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en » retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en » payant le supplément du juste prix, sous la déduction du » dixième du prix total. — Le tiers possesseur a le même » droit, sauf sa garantie contre son vendeur ». Il s'agit de la rescision de la vente d'immeuble pour lésion de plus des sept douzièmes. La rescision une fois prononcée, l'acheteur doit restituer l'immeuble au vendeur, sauf pour lui le droit de retirer le prix s'il l'a payé ; mais il peut se soustraire à cette obligation en payant le supplément du juste prix sous une certaine déduction. L'acheteur est donc tenu d'une obligation facultative : il doit l'immeuble, car, la vente étant rescindée, il le détient sans cause ; mais il a la faculté de se libérer en payant une somme d'argent [1].

1049. Le droit commercial offre aussi un exemple remarquable d'obligation facultative dans l'hypothèse du refus d'acceptation d'une lettre de change. Le tireur et les endosseurs sont alors obligés envers le porteur de lui donner caution pour assurer le paiement de la traite à son échéance, si

[1] V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civ.*, III, n. 616.

mieux ils n'aiment en effectuer immédiatement le remboursement avec les frais résultant du défaut d'acceptation. Art. 120 C. com.

1050. On voit la différence qui existe entre l'obligation alternative et l'obligation facultative. Dans l'obligation alternative, il y a deux choses également dues, sous une alternative, il est vrai, *duo sunt in obligatione*. Dans l'obligation *facultative*, au contraire, une seule chose est due, *una est in obligatione;* l'autre peut être payée à la place, mais elle n'est pas due, elle est seulement *in* FACULTATE *solutionis :* d'où le nom d'obligation *facultative,* que Delvincourt a le premier donné à cette obligation et qui lui est resté (1).

1051. Cette différence fondamentale en engendre d'autres :

1° La nature mobilière ou immobilière de l'obligation facultative se détermine en considérant exclusivement la chose qui est *in obligatione* sans se préoccuper de celle qui est *in facultate solutionis*. Ainsi l'obligation facultative dont parle l'art. 1681 est immobilière, parce que la chose qui est *in obligatione* est un immeuble ; et l'obligation conservera ce caractère alors même que le débiteur, usant de la faculté qui lui appartient, paierait le supplément du juste prix. Au contraire, la nature mobilière ou immobilière d'une obligation alternative se détermine d'après la chose qui sera payée ou qui sera l'objet d'offres réelles (2), car, ainsi que nous le verrons plus loin, c'est sur cette chose que se concentrera l'obligation (3).

2° Si l'une des deux choses comprises dans une obligation alternative n'est pas susceptible de faire l'objet d'une obligation, l'autre sera toujours due. Au contraire une obligation facultative est nulle, si la chose qui est *in obligatione* n'est pas susceptible de faire l'objet d'une obligation, alors même que l'autre le serait ;

(1) Ce n'est pas à dire que l'expression *obligation facultative* soit bien choisie. Il y a évidemment contradiction entre ses deux termes. On rendrait exactement l'idée si l'on employait la formule proposée par M. Huc : « obligation comprenant une prestation facultative à côté de la prestation obligée. » VII, n. 294. Mais cette formule est trop longue.

(2) Si le choix a été attribué au créancier, cette détermination pourra résulter de la simple déclaration de volonté faite par lui au débiteur. V. *infra*, n. 1067.

(3) V. *infra*, n. 1074.

3° Dans l'obligation facultative, la perte de la chose qui est *in obligatione,* survenue par cas fortuit et avant la mise en demeure du débiteur, suffit pour qu'il soit libéré; car il ne doit que cette chose. Au contraire, le débiteur d'une obligation alternative ne peut être libéré que par la perte fortuite des deux choses comprises dans l'obligation (art. 1195); si une seule est périe, il doit l'autre. Art. 1193 al. 1.

4° Le créancier d'une obligation facultative ne doit comprendre dans la demande qu'il intente contre le débiteur que la chose qui est *in obligatione,* car celle-là seule lui est due, sauf au débiteur à user de la faculté qui lui appartient de se libérer en payant l'autre. Au contraire, le créancier de deux choses, dues sous une alternative *au choix du débiteur,* doit comprendre les deux choses dans sa demande; il doit demander *l'une ou l'autre;* autrement il exercerait le choix qui n'appartient qu'au débiteur (1).

1052. Il importe également de ne pas confondre l'obligation alternative avec l'obligation conditionnelle. L'existence même de cette dernière, ou du moins sa perfection, est incertaine (2). L'obligation alternative, au contraire, a immédiatement une existence complète. Seulement il y a incertitude relativement à celle des prestations qui formera l'objet définitif de l'obligation. Pour qu'on puisse considérer celle-ci comme concentrée sur une des prestations, il faut que le droit d'option ait été exercé. C'est uniquement à ce point de vue que le doute existe, et, par conséquent, l'obligation n'est point affectée d'une condition (3).

1053. Cette distinction présente un double intérêt pratique : d'abord, tandis que, dans l'obligation conditionnelle, les

(1) Le C. civ. arg. formule soigneusement les divers principes qui gouvernent les obligations facultatives. V. les art. 643-651. — V. aussi C. civ. chil., art. 1505-1507.

(2) V. *supra,* n. 830.

(3) Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 115 *bis*-IV ; Larombière, III, p. 314 (art. 1189, n. 11); Demolombe, XXVI, n. 34; Laurent, XVII, n. 229. — Evidemment, si l'incertitude relative à l'objet définitif de l'obligation alternative suffisait pour que celle-ci fût conditionnelle, ce dernier caractère devrait à plus forte raison être reconnu à l'obligation de genre. Or cette solution ne saurait être admise. Demolombe, *loc. cit.*

risques incombent au débiteur (art. 1182), ils sont à la charge du créancier quand l'obligation est alternative (art. 1138) [1]. De plus, un legs conditionnel devient caduc si le légataire décède avant l'événement de la condition (art. 1040); mais, au cas d'un legs alternatif, la mort du légataire survenue avant que le choix ait été fait n'entraîne pas la caducité de la disposition.

1054. Il est plus délicat de montrer en quoi l'obligation alternative diffère de l'obligation de genre et surtout de l'obligation ayant pour objet une chose incertaine à prendre parmi des choses certaines, *incertum ex certis.*

Sans doute, dans l'obligation alternative, il y a indétermination quant à la prestation qui formera l'objet définitif de l'obligation, ou, si l'on préfère, l'objet du paiement; mais les diverses choses comprises dans l'alternative sont déterminées dès le principe. Elles sont individualisées. Il en est différemment en ce qui concerne l'obligation de genre. Dans celle-ci, l'indétermination est bien plus grande que dans l'obligation alternative. Elle est telle que jusqu'au paiement, l'objet, suivant l'expression de Dumoulin, a un caractère purement intellectuel [2].

Il n'est donc pas douteux que l'obligation de genre, à la différence de l'obligation alternative, ne saurait engendrer un droit de propriété, mais seulement un droit de créance [3]. Même quand l'objet aura été individualisé par la délivrance, on ne pourra certainement pas considérer le créancier comme devenu propriétaire à partir de la convention [4].

1055. A l'obligation de genre, il convient d'assimiler l'obligation ayant pour objet *incertum ex certis,* ou plutôt celle-ci n'est pas autre chose qu'une obligation de genre [5]. J'ai promis de vous livrer un cheval de mon écurie, dix moutons de mon troupeau. Peu importe que, dans ce cas, le genre soit

(1) V. *supra,* n. 854.

(2) *Div. et indiv.*, part. II, n. 95 s.

(3) V. *infra*, n. 1064-1066.

(4) Demolombe, XXVI, n. 7 et 8. — V. aussi Larombière, III, p. 311 (art. 1189, n. 7).

(5) *Div. et indiv.*, part. II, n. 129 et 156.

limité, qu'il soit très restreint, qu'il comprenne seulement deux ou trois individus. L'obligation n'en est pas moins une obligation de genre. Car les choses dont il s'agit ne sont ni déterminées expressément, ni même dénombrées.

Par où l'on voit qu'il y aurait, au contraire, obligation alternative si ces choses avaient été l'objet d'une indication expresse. Telle serait l'obligation de livrer une des six barriques de vin de tel crû qui sont dans ma cave. Et, en supposant pareille indication, il est indifférent que les choses soient plus ou moins nombreuses. Seraient-elles au nombre de dix, de vingt, etc., il y aurait obligation alternative, puisque, par hypothèse, elles seraient expressément déterminées ([1]).

1056. On a vu que, les choses étant considérées individuellement dans l'obligation alternative, si l'une des deux choses promises appartient au stipulant lors du contrat, elle ne saurait lui être livrée en supposant même qu'à l'époque de la délivrance, elle ait cessé d'être sa propriété ; que, par conséquent, l'obligation, n'ayant pas deux objets, n'est pas alternative. Dans l'obligation de genre, au contraire, aucune chose n'y étant comprise individuellement, rien n'empêche que le débiteur livre au créancier une chose qui appartenait à celui-ci au moment de la convention ([2]).

Nous aurons à rechercher bientôt s'il y a concordance entre la façon dont se fait la détermination de l'objet dans l'obligation alternative et la façon dont s'opère la spécialisation de l'objet dans l'obligation générique ([3]).

1057. Enfin autre chose est l'obligation alternative, et autre chose l'obligation sous clause pénale. Ainsi que nous le verrons, la clause pénale consiste dans l'évaluation anticipée des dommages-intérêts auxquels pourra donner lieu l'inexécution de l'obligation. Dans l'obligation avec clause pénale, comme dans l'obligation alternative, deux prestations sont dues ; dans les deux obligations, ces prestations ne doivent pas être payées simultanément. Mais, tandis que, dans l'obligation

([1]) Larombière, III, p. 312 (art. 1189, n. 8) ; Demolombe, XXVI, n. 35.

([2]) Dumoulin, *Div. et indiv.*, part. II, n. 157 ; Larombière, III, p. 332 (art. 1192, n. 1, al. 2 et 3) ; Demolombe, XXVI, n. 12.

([3]) V. *infra*, n. 1062-1066.

alternative, elles sont sur la même ligne et également *in obligatione,* l'une d'elles seulement, au cas d'obligation avec clause pénale, constitue l'objet de l'obligation principale. L'autre n'est que l'objet de l'engagement accessoire. Cette dernière est due seulement à titre subsidiaire et sous la condition que l'obligation principale ne sera pas exécutée. Le débiteur n'a point le choix entre l'accomplissement de la prestation promise principalement et le paiement de la somme stipulée à titre de peine. Aussi longtemps que l'exécution est possible, le créancier a le droit de l'exiger, et, en sens inverse, il ne peut pas réclamer le montant de la clause pénale tant que le débiteur est prêt à exécuter l'obligation principale.

De plus, l'obligation qui est accompagnée de cette clause, est inexistante si la chose promise ne peut pas faire l'objet d'une obligation, et elle s'éteint si cette chose périt par cas fortuit. Dans ces deux hypothèses, le créancier, par application de l'art. **1227**, al. **1**, ne saurait exiger le paiement de la peine. Au contraire, que l'une des deux choses comprises dans l'alternative ne soit pas susceptible de faire l'objet d'une obligation ou qu'elle vienne à périr par cas fortuit, l'obligation, sans doute cesse d'être alternative, mais elle n'en subsiste pas moins, et, par conséquent, le créancier peut exiger la chose qui est l'objet unique de l'obligation.

II. *Du choix.*

1058. « *Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été* » *expressément accordé au créancier* ». Art. **1190**. Ce principe, qui est admis par toutes les législations, n'est qu'une conséquence de celui qui est formulé en ces termes dans l'art. **1162** de notre code civil : « *Dans le doute, la convention* » *s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui* » *a contracté l'obligation* » (1).

1059. Toutefois les parties peuvent attribuer l'option au créancier ; mais, pour cela, il faut une stipulation *expresse*.

(1) V. Pothier, *Oblig.*, n. 247 ; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 245 ; Locré, XII, p. 344, n. 76. — Cpr. Accarias, *Précis de dr. rom.*, II, n. 543, p. 130.

Art. 1190 *in fine*. Ce n'est point à dire, bien entendu, qu'on doive employer une formule sacramentelle ; mais la volonté d'accorder le choix au créancier doit être énoncée ([1]). Le mot *expressément* que nous trouvons dans l'art. 1190 ne laisse aucun doute à cet égard. Il ne suffirait donc pas que l'intention de conférer le droit d'option au créancier résultât des circonstances qui ont précédé ou accompagné la convention ([2]).

D'ailleurs l'attribution du choix au créancier ne change pas la nature de l'obligation alternative ([3]).

1060. Le choix appartenant en principe au débiteur, le créancier, à défaut d'une clause dérogeant sur ce point au droit commun, ne peut pas faire porter déterminément sa demande sur l'une des prestations comprises dans l'alternative. Cette demande doit avoir pour objet, d'une façon indéterminée, l'accomplissement de l'une ou de l'autre de ces prestations ([4]).

1061. En sens inverse, quand le droit d'option a été conféré au créancier, le débiteur ne fait des offres valables que s'il se déclare prêt à accomplir celle des prestations qu'il conviendra au débiteur de choisir.

1062. Comment le débiteur peut-il exercer son choix ? L'intérêt de la question apparaît surtout au point de vue des risques. A partir du moment où l'option aura eu lieu, l'objet choisi périra pour le créancier.

([1]) C'était l'opinion de Pothier. Sans doute, dans le n. 247 de son traité des *Obligations*, il dit simplement : « Le débiteur a le choix de la chose qu'il voudra payer *à moins qu'on ne soit convenu* que ce sera le créancier qui l'aura » ; mais, à la fin du numéro suivant, il s'exprime en ces termes : « Si, néanmoins, *par une clause particulière*, le choix était accordé au créancier, il pourrait demander seulement l'une des deux choses ». Il ne peut y avoir *clause particulière* que si les parties ont employé des mots pour manifester directement l'intention de déroger au droit commun. La disposition de l'art. 1190 est donc traditionnelle. On la retrouve, d'ailleurs, dans les codes étrangers. V. C. civ. esp., art. 1132, al. 1er, mais le C. civ. allemand ne s'exprime pas en termes aussi rigoureux : « Lorsque plusieurs prestations sont dues alternativement, en cas de doute, le choix appartient au débiteur ». Art. 262 (trad. de Meulenaere, p. 72). — Cpr. C. fédér., art. 82, *in fine*.

([2]) Duranton, XI, n. 137 ; Laurent, XVII, n. 235 ; Giorgi, *op. cit.*, IV, n. 426 p. 481. — Cour cass., sect. civ., cass., 8 nov. 1815, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1320. — Cpr. Larombière, III, p. 316 (art. 1190, n. 2); Demolombe, XXVI, n. 38.

([3]) V. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, p. 9, note 1.

([4]) Pothier, *Oblig.*, n. 248. — C. civ. chil., art. 1501.

Deux systèmes sont en présence : certains auteurs soutiennent que le choix peut résulter d'une simple déclaration de volonté [1].

D'autres exigent beaucoup plus. D'après eux le choix ne saurait être manifesté que par l'exécution même de l'une des prestations, ou par des offres réelles suivies de consignation. C'est ce dernier système que nous préférons.

Ainsi la déclaration que le débiteur ferait au créancier du sens dans lequel il a opté ne suffirait pas [2]. La raison d'être de l'obligation alternative, son but pratique est, nous l'avons expliqué, de donner au créancier plus de chances d'être payé qu'il n'en aurait si l'obligation était pure et simple. Pour que cet avantage soit réel, il faut que le débiteur ne puisse choisir qu'au moment de l'exécution de l'obligation. Si on lui reconnaissait le droit de manifester son choix par une simple déclaration de volonté, il pourrait, en faisant cette déclaration immédiatement après le contrat, priver le créancier de la garantie que présente pour lui la stipulation d'alternative. Or il est inadmissible que l'une des parties puisse dépouiller l'autre d'un avantage dont la perspective seule, peut-être, a décidé cette dernière à donner son consentement et dont l'existence, par suite, rentre dans la loi même du contrat [3]. Les auteurs, pour justifier la disposition du second alinéa de l'art. 1193, disent que, si le débiteur ne peut pas exercer son choix en faisant périr l'une des deux choses, c'est parce qu'il diminuerait ainsi pour le créancier les chances de paiement. Telle est, notamment, l'explication donnée par M. Laurent. Cependant, ce dernier auteur enseigne que le débiteur peut manifester son option par la simple indication de la chose qu'il choisit [4]. Nous croyons que c'est là une contradiction.

(1) Von Ihering, *Jahrb.*, f. *Dogm.*, I, p. 31-33; Laurent, XVII, n. 232.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 124 *bis*-I; Mourlon, II, n. 1231, al. 4; Larombière, III, p. 317 (art. 1190, n. 3); Demolombe, XXVI, n. 48; Thiry, III, n. 14, p. 18; Vigié, II, p. 647, n. 1432.

(3) Toutefois comme, aux termes de l'art. 1257, « les offres suivies de consignation libèrent le débiteur » et qu' « elles tiennent lieu à son égard de paiement » il convient de décider qu'elles sont pour le débiteur un moyen de manifester l'exercice du choix.

(4) Cpr. Laurent, XVII, n. 232. — Dans le même sens Huc, VII, n. 291, p. 390. — Giorgi, *op. cit.*, IV, n. 430.

1063. Le Code civil allemand a consacré une solution contraire à la nôtre. Il dispose que « le choix a lieu par déclaration adressée à l'autre partie ». Art. 263, al. 1er [1]. Le Code civil espagnol s'était déjà prononcé dans le même sens. Art. 1133 et 1136, al. 1er [2]. Les auteurs de ces deux codes ont obéi à cette idée que la partie à qui la chose appartient doit pouvoir l'exercer librement; qu'exiger d'elle que l'option soit faite sous forme de paiement ou d'offres réelles serait aggraver arbitrairement la situation résultant pour elle du contrat.

C'est là, croyons-nous, un point de vue inexact, du moins si l'on raisonne dans l'hypothèse où l'option a été laissée au débiteur. L'interprétation de la volonté des contractants conduit à la conclusion inverse : du moment qu'ils ont stipulé l'alternative, c'est que, vraisemblablement, ils ont voulu augmenter les chances de paiement. Sans cela, pourquoi auraient-ils établi cette modalité ? Or, si le débiteur peut immédiatement après le contrat rendre l'obligation pure et simple, la garantie est illusoire.

1064. Une question analogue se pose à propos de l'obligation de genre. De quelle façon l'objet de cette obligation peut-il être spécialisé ? Cette question, qui présente le plus grand intérêt au point de vue des risques, est très débattue par la doctrine allemande en ce qui concerne la vente des choses fongibles [3].

1065. Certains auteurs exigent simplement la *séparation*, autrement dit l'*individualisation* de la *species* choisie par le vendeur dans le *genus*. Peu importe que la séparation ait lieu en présence de l'acheteur, notamment au moyen du pesage, du mesurage, etc..., ou qu'elle soit opérée en son absence par un de ces moyens combinés avec l'expédition. Dans l'un et l'autre cas l'objet devient une *species*, et, par conséquent,

[1] Traduc. de Meulenaere, p. 72.

[2] Art. 1133 : « Le choix ne produira d'effet qu'après avoir été notifié ». — Art. 1136, al. 1er : « Quand le choix aura été expressément attribué au créancier, l'obligation cessera d'être alternative à partir du jour où le choix aura été notifié au débiteur ».

[3] V. surtout Ihering, *Observations sur la théorie des risques dans le contrat de vente*, *Œuvres choisies*, traduites par O. de Meulenaere, I, p. 125-188.

désormais, sa perte fortuite est aux risques de l'acheteur [1].

Ainsi, dans ce système, on admet que l'obligation peut cesser d'avoir pour objet un *genus :* « Toute la théorie de l'individualisation, dit Ihering, repose sur l'idée que dans l'obligation générique il peut se produire, *pendant la durée de son existence,* une conversion de l'objet génériquement déterminé en une *species,* et sur la conclusion qu'on en tire qu'il faut dès lors appliquer la règle relative au *periculum* dans l'*emptio speciei* » [2].

Cette théorie manque de base : l'individualisation de l'objet, sa séparation envisagée en elle-même est dépourvue de toute portée juridique. Sans doute, par l'effet de la séparation, il pourra être certain que le cas fortuit a atteint la chose qui était destinée à l'acheteur. Mais qu'importe ? Lorsque le *genus* dont cette chose fait partie a péri tout entier, ce qui est possible au cas où l'objet est un *incertum ex certis,* il y a bien alors la même certitude, nonobstant le défaut de séparation. Et cependant, alors, les risques ne sont pas à la charge de l'acheteur : « C'est que, dans cette espèce de contrat, comme le fait observer Ihering, l'acheteur n'est point à l'abri du risque uniquement parce que et aussi longtemps que l'indétermination générique de l'objet rend ce risque impossible quant à lui, mais qu'il est à l'abri d'une manière absolue, sans aucun égard à cette circonstance ; c'est en d'autres termes, que la vente d'un *genus* est régie par une tout autre règle que la vente d'une *species,* et que la règle relative à cette dernière ne s'applique jamais à la vente d'un *genus,* même là où, en soi, elle le pourrait » [3].

[1] V. l'exposé critique de cette théorie dans Ihering, *op. cit.*, n. 16-21, vol. susindiqué, p. 131-154.

[2] Ihering, *op. cit.*, n. 19, al. 3, p. 146.

[3] Ihering, *op. cit.*, n. 20, al. 4, p. 151. — Thöl et presque tous les autres jurisconsultes allemands qui ont écrit après lui ont adopté la théorie de l'individualisation. — V. la bibliographie dans Ihering, *op. cit.*, p. 138 et 139, texte et notes 17 à 23. — Mais Thöl enseigne que l'effet de la séparation est subordonné à cette condition qu'elle aura été portée par le vendeur à la connaissance de l'acheteur, de telle sorte que ce dernier « ait pu fixer son attention sur la *species* séparée ». Le vendeur devrait donner à l'acheteur un avis en termes assez précis pour pouvoir, au cas de perte, prouver l'identité de la chose séparée et de la chose détruite. — Thöl, *Handelsrecht,* t. I, § 74. — En un mot, pour employer l'expression de Thöl, la séparation

1066. Pour nous, la vérité se trouve dans la théorie de la *livraison,* en faveur de laquelle Ihering nous paraît avoir apporté des arguments décisifs.

Voici l'énoncé de la thèse : « L'objet génériquement déterminé ne sort de la forme de détermination générique que par l'exécution; c'est toujours un *genus* qui est dû, jamais une *species;* celle-ci n'apparaît que lorsque la dette cesse avec la prestation; bref, l'objet de l'obligation est un *genus,* celui de la *solutio* est une *species* ». Ainsi la spécialisation ne peut résulter que du paiement; en d'autres termes, la chose due ne peut être spécialisée qu'au moment où il est impossible qu'elle ne le soit pas, et, par l'effet même de la spécialisation, elle cesse d'être l'objet de l'obligation (1).

Il s'ensuit que la question des risques est réglée de la façon suivante : « Les risques passent à l'acheteur avec la livraison effectuée (2). Extérieurement, et en fait, la livraison se fait différemment selon la diversité des cas, mais juridiquement elle a lieu au moment où le fournisseur a fait ce qui lui incombait d'après l'intention commune des parties » (3).

Cette conception a pour elle l'avantage de la simplicité. On ne voit pas, d'ailleurs, pourquoi le *genus* devrait se convertir en *species* avant l'accomplissement de la prestation. Cette transformation ne doit avoir lieu que lorsqu'elle est devenue

doit avoir un caractère *bilatéral.* Heyer conteste cette proposition. Mais, suivant l'observation très juste de Ihering, la controverse n'a pas raison d'être; dans le système de Thöl, comme dans celui de Heyer, la séparation est un acte *unilatéral;* le fait que le vendeur la porte à la connaissance de l'acheteur ne la rend point bilatérale. — Ihering, *op. cit.,* n. 17, p. 139. — Cette exigence est purement arbitraire. Ainsi que le dit Ihering : « Fournir la preuve de l'identité de la *species* séparée avec celle atteinte par le cas fortuit est l'affaire du vendeur; il peut assurer cette preuve d'avance au moyen de l'avis, mais l'y contraindre sous peine de perdre ces droits, on ne le peut lorsque la loi ne l'ordonne point ». — Ihering, *op. cit.,* n. 17, p. 140.

(1) Ihering, *op. cit.,* n. 17, p. 141.

(2) Ihering ajoute « ou empêchée par la *mora* de la partie adverse ». En droit français, les risques passent à l'acheteur du *genus* non seulement au cas de livraison, mais encore au cas d'offres réelles suivies de consignation.

(3) Ihering, *op. cit.,* n. 15, p. 129. — Il en résulte que, suivant les cas, il y aura livraison quand la marchandise aura été cherchée, ou *apportée* ou *expédiée.* — Ihering, *loc. cit.* — Sur le point de savoir quand la marchandise aura été *cherchée,* ou *apportée,* ou *expédiée,* voir le même auteur, *op. cit.,* n. 27-29, p. 174-184.

nécessaire, c'est-à-dire au moment de la livraison. Si l'on prétend qu'elle peut s'opérer plus tôt, il faut déterminer quand elle peut avoir lieu. La séparation est-elle autorisée un mois, deux mois, dix mois avant la livraison? L'est-elle immédiatement après le contrat? Le problème paraît insoluble ( ). D'autre part, comment se fera-t-elle? Encore une source de difficultés. La simple désignation de la chose devant témoins suffira-t-elle? Faudra-t-il, en outre, l'emballage, la signature, l'expédition [2]?

En supposant que la loi elle-même déplace les risques à raison de l'individualisation, cette disposition engendrera d'étranges conséquences, que Ihering met en lumière au moyen d'exemples bien choisis. Il nous suffira d'en indiquer un pour montrer toute la force de l'argument : Un garçon d'hôtel tombe sans sa faute avec la bouteille de vin qu'il est allé chercher à la cave pour un client. La bouteille est brisée. Les risques seront-ils à la charge du client? Logiquement, l'affirmative s'impose, puisqu'il y a eu séparation, individualisation. Mais cette nécessité même montre tout le vice du système. Dira t-on que, dans ce cas, et, plus généralement, toutes les fois que la marchandise doit être *apportée,* le vendeur, par convention tacite, prend les risques à sa charge? Mais pourquoi ne pas admettre pareille convention quand la marchandise doit être *expédiée* ou *cherchée?* Or, si l'on doit aller jusque-là, le système adverse est ruiné [3].

Toutefois nous tenons à formuler ici une critique à l'adresse de Ihering. On peut s'étonner que cet éminent jurisconsulte, alors qu'il exige la livraison comme condition nécessaire de la spécialisation au cas d'obligation générique, admette que, dans l'obligation alternative, la détermination de l'objet définitif peut résulter d'une simple déclaration de volonté faite par le débiteur au créancier. Peut-on dire qu'il y ait harmonie entre les deux solutions? Nous ne le croyons pas.

Notre observation a, d'ailleurs, également sa raison d'être en ce qui concerne le Code civil allemand, qui, sur l'un et

[1] Ihering, *op. cit.*, n. 17, p. 142.
[2] Ihering, *op. cit.*, n. 14, p. 128.
[3] Ihering, *op. cit.*, n. 18, p. 144-145.

l'autre de ces points, a consacré la décision de Ihering. V. les art. 243, al. 2, et 263, al. 1.

Dans notre système, au contraire, la solution adoptée en matière d'obligation alternative concorde parfaitement avec celle qui est donnée pour l'obligation de genre.

1067. Si dans l'obligation alternative, le choix a été déféré au créancier, celui-ci, évidemment, peut le manifester soit en acceptant, soit en demandant l'accomplissement de l'une des prestations. Mais, selon nous, il peut aussi le faire connaître en se bornant à déclarer quelle est la prestation qu'il choisit. A cela, rien d'illogique. Si nous ne donnons pas la même décision pour le cas où le choix appartient au débiteur et pour le cas où il a été attribué au créancier, c'est que la raison de décider n'est pas la même dans les deux hypothèses. Quand le droit d'option a été déféré au créancier, la manifestation du choix par une simple déclaration de volonté n'est pas contraire au but que les parties ont eu en vue lorsqu'elles ont établi l'alternative. Le créancier appréciera s'il y a pour lui inconvénient à spécialiser de cette manière l'objet de l'obligation. S'il concentre celle-ci au moyen d'une simple déclaration de volonté, c'est, apparemment, parce qu'il estimera que ce procédé ne met pas ses droits en périls; dans tous les cas, il ne sera pas dépouillé par le débiteur du bénéfice de la convention; la loi du contrat ne sera pas violée [1].

1068. L'option est réputée exercée par cela seul que le débiteur à qui elle appartient a exécuté partiellement une des deux prestations ou, si le choix a été attribué au créancier, par cela seul que ce dernier a accepté cette exécution partielle. Il est, en effet, de l'essence de l'obligation alternative que le paiement porte sur l'intégralité de l'une ou de l'autre des choses qu'elle comprend. On doit donc supposer que la partie qui a accompli ou accepté l'exécution partielle, entendait qu'elle fût complétée [2].

1069. « *Le débiteur peut se libérer en délivrant une des*

[1] Cpr. Laurent, XVII, n. 237. — Mais voyez Demolombe, XXVI, n. 49; Vigié, II, p. 648, n. 1432 *in fine*.

[2] Demolombe, XXVI, n. 50.

» *deux choses promises ; mais il ne peut pas forcer le créancier* » *à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre* ». Art. 1191.

Cette disposition résulte de la nature même de l'obligation alternative. Ce qui caractérise cette obligation, c'est qu'elle a pour objet l'intégralité de l'une des prestations promises, et non pas une partie de chacune d'elles.

Réciproquement, le créancier, si le choix lui appartient, ne peut pas poursuivre l'exécution pour partie des diverses prestations comprises dans l'alternative ou de plusieurs d'entre elles. Il n'est fondé à exiger que l'accomplissement de l'une de ces prestations [1].

1070. La règle que nous venons de poser soit à l'égard du débiteur, soit à l'égard du créancier, en supposant que celui-ci ait le droit de choisir, est applicable même lorsqu'il y a au début plusieurs débiteurs ou encore lorsque le débiteur ou le créancier unique décède laissant plusieurs héritiers. La pluralité des débiteurs ou des créanciers ne peut pas changer la nature de l'obligation alternative. Il faudra donc que toutes les personnes à qui appartient l'option s'entendent soit pour accomplir soit pour demander la même prestation [2].

1071. Il se peut que le débiteur, en refusant d'exercer le choix, empêche l'exécution de l'obligation. Quand ce fait se présente, le juge doit, sur la demande du créancier, fixer un délai, passé lequel, si le débiteur ne s'est pas prononcé, il choisira lui-même. Mais nous ne croyons pas que le juge puisse décider que, faute par le débiteur d'avoir opté dans un

[1] Pothier, *Oblig.*, n. 247 ; Colmet de Santerre, V, n. 118 *bis*-I ; Aubry et Rau, IV, p. 44 ; Larombière, III, p. 322 (art. 1191, n. 2) ; Demolombe, XXVI, n. 65 ; Laurent, XVII, n. 233.

[2] Colmet de Santerre, V, n. 118 *bis*-I, *in fine ;* Larombière, III, p. 325 (art. 1191, n. 8) ; Demolombe, XXVI, n. 67-68. — Bien entendu, si la prestation choisie par l'unanimité des héritiers du créancier ou du débiteur est divisible, l'art. 1220 devra s'appliquer, et, par conséquent, ce sera seulement pour sa part que chacun des héritiers du créancier pourra demander l'accomplissement de cette prestation, ou que chacun des héritiers du débiteur pourra être poursuivi. Mais il n'en est pas moins vrai que, dans l'une et l'autre de ces hypothèses, il s'agira, au regard de tous les héritiers, de la même prestation. Comme le dit très bien M. Colmet de Santerre : « Il résulte de l'art. 1191 que, si l'obligation est divisible, l'option du moins est indivisible ». *Loc. cit.* — V. *infra,* n. 1073 et 1075 *in fine.*

certain délai, le choix passera au créancier ; ce serait méconnaître la loi du contrat [1].

1072. De même, si le créancier à qui le droit d'option appartient en vertu d'une clause spéciale ne veut pas l'exercer et si le débiteur tient à se libérer, le juge doit, sur les conclusions de ce dernier, assigner un délai, à l'expiration duquel, faute par le créancier d'avoir choisi, il désignera lui-même la prestation qui devra être accomplie. Mais, pour la raison déjà indiquée, le juge ne pourrait pas décider qu'une fois le délai expiré, l'option, si elle n'a pas été exercée, sera déléguée au débiteur [2].

1073. Lorsque le choix appartient à plusieurs personnes et qu'elles ne sont pas d'accord sur le sens dans lequel il convient d'opter, la difficulté doit être résolue de la même façon. Donc, si elles n'ont pas pu s'entendre dans un délai fixé par le juge, celui-ci exercera le choix à leur place ; mais il ne peut pas transférer à l'autre partie le droit d'option [3].

1074. Le choix rétroagit au jour même de la convention, en ce sens que, suivant la formule employée par le Code civil allemand, « la prestation choisie est censée avoir été seule depuis l'origine », art. 263, al. 2 [4]. C'est une application du

(1) Cpr. Laurent, XVII, n. 239. — *Contra* Larombière, III, p. 324 (art. 1191, n. 7; Demolombe, XXVI, n. 39; Giorgi, *op. cit.*, IV, n. 427, p. 482. — Sur ce point, le Code civil allemand renferme une disposition intéressante dont voici les termes : « Si le débiteur auquel appartient l'option ne la fait pas avant le commencement de l'exécution forcée, le créancier peut faire porter celle-ci, à son choix, sur l'une ou sur l'autre prestation : le débiteur peut, néanmoins, tant que le créancier n'a pas reçu en tout ou en partie la prestation choisie par lui, se libérer de son obligation au moyen de l'une des autres prestations » (art. 264, al. 2, traduc. de Meulenaere, p. 73). En l'absence d'une disposition expresse de cette nature, on ne peut pas appliquer la même règle en droit français.

(2) Cpr. Laurent, *loc. cit.* — *Contra* Demolombe, XXVI, n. 41. — Cette question est également résolue par le C. civ. allemand : « Si le créancier auquel appartient l'option est en demeure, le débiteur, en lui fixant un délai convenable, peut exiger qu'il fasse option. Ce délai expiré, si le créancier n'a pas opté en temps utile, le droit d'option passe au débiteur ». Art. 264, al. 2 (traduc. de Meulenaere, p. 73). Cette règle, comme celle qui est écrite dans le premier alinéa du même article, ne saurait, pour le même motif, être appliquée sous l'empire de notre législation.

(3) *Sic* Laurent, XVII, n. 239. — Cpr. Larombière, III, p. 325 s. (art. 1191, n. 9 et 11); Demolombe, XXVI, n. 43-44; Giorgi, *op. cit.*, IV, n. 428-429, p. 483 s.

(4) Traduction de Meulenaere, p. 73. — Cpr. Larombière, III, p. 314 (art. 1189, n. 12).

principe que la doctrine allemande appelle « principe de concentration », et que M. Saleilles énonce ainsi : « L'un des deux objets étant écarté ou devenu impossible, l'obligation se concentre sur l'autre, et doit être considérée comme ayant été toujours pure et simple. Cela revient à dire que le choix a un effet rétroactif » (1). Mais comment peut-on expliquer cet effet? Les auteurs français font intervenir ici l'idée de condition : « Ce choix, quand il sera fait, dit Marcadé, aura un effet rétroactif au jour même de la convention, et l'obligation se trouvera n'avoir jamais eu d'autre objet que celui qui aura été choisi. Cet objet, en effet, ainsi que l'autre ou chacun des autres, a été dû dès l'origine sous cette condition : *si c'est lui qui vient à être choisi* » (2). Il nous paraît inutile et même inexact de se placer à ce point de vue. Autre chose est l'alternative, autre chose la condition suspensive (3), et il faut remarquer à ce sujet que le Code civil allemand, qui, en règle générale, exclut la rétroactivité de la condition accomplie, admet, néanmoins, celle du choix en matière d'obligation alternative. Aux yeux des auteurs de ce code, « la rétroactivité s'explique uniquement par cette idée que, dès le principe, l'objet choisi était déjà, comme disaient nos vieux auteurs, *in obligatione;* l'idée de condition n'a pas à intervenir » (4).

Quoi qu'il en soit, M. Laurent nie l'effet rétroactif de l'option. Il se fonde sur ce qu'en général les faits juridiques ne rétroagissent pas (5). Nous ne contestons point l'exactitude de cette proposition. Mais nous estimons que la rétroactivité est la conséquence forcée de la nature même de l'obligation alternative.

1075. Le principe de la rétroactivité engendre notamment ces conséquences :

Si les choses comprises dans l'alternative sont les unes

(1) *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, n. 10, p. 10.

(2) IV, n. 1189, dernier al. — Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 115 *bis*-IV; Demolombe, XXVI, n. 63.

(3) Cpr. Larombière, III, p. 310 (art. 1189, n. 6, al. 3 et 4). — V. *infra*, n. 1052.

(4) Saleilles, *op.* et *loc. cit.*

(5) XVII, n. 240-241.

mobilières, les autres immobilières, l'obligation, une fois l'option réalisée, sera censée avoir eu, dès sa naissance, la nature de la chose choisie.

De même, si, parmi les prestations promises, certaines sont divisibles et d'autres indivisibles, l'obligation, dans ce cas encore, suivant le sens dans lequel le choix sera exercé, devra être considéré comme ayant eu, dès l'origine, le caractère de divisibilité ou d'indivisibilité ([1]).

1076. Le moment est venu d'examiner une question très discutée : En supposant que les prestations comprises dans l'alternative soient des dations de corps certains et déterminés, la convention est-elle translative de propriété ou seulement génératrice d'obligation? C'est dans le premier sens que nous croyons devoir nous prononcer. Expliquons toutefois la portée de notre décision.

Si, dans l'hypothèse, le transfert de la propriété s'opère lors du contrat, c'est par suite de l'effet rétroactif que nous avons reconnu à l'option. Aussi longtemps que le choix n'est pas réalisé, le créancier ne devient pas propriétaire; mais une fois l'option faite, le transfert, grâce à la rétroactivité, est considéré comme remontant au moment du contrat. C'est sur les termes mêmes de l'art. 1138 que nous fondons cette double proposition : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire..... *dès l'instant où elle a dû être livrée* ».

Il est de toute évidence qu'à raison de l'alternative, tant que la partie qui a le droit de choisir ne l'a pas exercé, l'obligation de livrer la chose ne saurait être considérée comme accomplie. Le corps certain qui doit être livré n'est pas encore désigné, peut-être même la partie qui a le droit d'opter ne sait-elle pas encore sur quelle chose elle fera porter son choix. Or, pour que la livraison soit possible, pour qu'elle se conçoive et que le créancier ait le moyen de se comporter en propriétaire, il faut que le choix ait eu lieu.

([1]) Cpr. Pothier, *Oblig.*, n. 254, et *Commun.*, n. 74; Toullier, VI, n. 699; Larombière, III, p. 314 (art. 1189, n. 12).

Ainsi l'application immédiate du principe de l'art. **1138** se heurte à un obstacle insurmontable.

Mais, du moment qu'après l'option, la prestation choisie est censée avoir été dès le principe l'unique objet de l'obligation, il convient de décider qu'une fois le choix exercé, la convention est réputée avoir produit, dès sa formation, le transfert de propriété. En un mot, au point de vue de la question spéciale qui nous occupe, bien que l'alternative ne doive pas être confondue avec la condition suspensive, la situation est la même que dans le cas où l'obligation de donner un corps certain est affectée de cette condition [1].

1077. Voici les conséquences qui découlent de cette théorie :

1° Lorsque le débiteur vend ou donne un des corps certains compris dans l'alternative, le créancier, après l'option, et en supposant que le choix porte sur la chose vendue ou donnée, peut revendiquer contre le tiers-acquéreur, sauf le cas où celui-ci aurait usucapé ou pourrait invoquer la règle *En fait de meubles la possession vaut titre*. Ajoutons que, s'il s'agit d'immeubles, le créancier ne peut triompher que dans l'hypothèse où il a fait transcrire son titre conformément à la loi du 23 mars 1855.

2° La chose qui fait l'objet du choix est transmise au créancier franche et libre des servitudes et hypothèques dont elle a été grevée du chef du débiteur dans l'intervalle de la naissance de l'obligation à l'exercice du choix.

3° Si le débiteur est déclaré en état de faillite ou de liquidation judiciaire, le créancier peut revendiquer l'objet qui a été choisi.

4° Lorsque, avant l'option, le créancier a aliéné l'une des choses ou a constitué un droit réel sur l'une d'elles, cet acte de disposition vaut du jour de sa date, si la chose qui en a été l'objet est désignée par la partie qui a le droit d'opter, sauf, bien entendu, s'il y a lieu, les questions de transcription et d'inscription [2].

[1] Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 115 *bis*-VI; Mourlon, II, n. 1233-1234; Demolombe, XXVI, n. 16-19.

[2] Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Mourlon, II, n. 1234; Demolombe, XXVI, n. 20-22.

1078. Cette théorie est vivement combattue par M. Laurent [1], qui a d'ailleurs, sur ce point, repris la thèse défendue par M. Toullier et par M. Larombière [2]. Nous sommes d'accord avec lui lorsqu'il exprime cette idée que la propriété ne se conçoit même pas à l'égard d'une chose indéterminée. Aussi, en cas d'obligation alternative, le transfert de la propriété suppose-t-il essentiellement, d'après nous, que l'objet de l'obligation a été déterminé par le choix. Mais, celui-ci ayant un effet rétroactif, l'objet choisi doit être considéré comme ayant appartenu au créancier à partir du contrat.

Certains auteurs, il est vrai, disent, pour expliquer cette proposition que, d'après la convention alternative, le créancier est propriétaire de telle chose sous cette condition suspensive *si le choix porte sur cette chose,* et que ladite condition, se réalisant par l'option, a un effet rétroactif; que, par suite, le créancier est propriétaire dès l'instant du contrat. Ainsi que M. Laurent le fait observer, il ne saurait y avoir de condition en dehors de celles qui sont stipulées par les parties ou sous-entendues par la loi. Or, la prétendue condition dont il s'agit a été imaginée par les interprètes [3].

Mais de ce que le raisonnement de ces auteurs est peu juridique, il ne s'ensuit pas que la solution donnée par eux soit inexacte. Pour expliquer la rétroactivité de l'option, il n'est nullement besoin, nous le répétons, de faire intervenir l'idée de condition. Ici la rétroactivité résulte du principe de concentration tel que nous l'avons formulé et de la garantie même que les parties ont voulu conférer au créancier en stipulant l'alternative. Rappelons que les auteurs du Code civil allemand, bien qu'ils aient repoussé l'effet rétroactif de la condition accomplie, ont consacré la solution contraire quant à l'exercice du choix en matière d'obligation alternative [4].

1079. Quand le choix, qui, nous le supposons, appartient au débiteur conformément au droit commun, est manifesté par l'accomplissement de l'une des prestations, notamment

(1) XVII, n. 221-223.
(2) Toullier, VI, n. 695; Larombière, III, p. 334 (art. 1193-1194, n. 2).
(3) XVII, n. 221, p. 235 *in fine*.
(4) V. *supra*, n. 1074.

par la délivrance de l'une des choses dues, il est, à l'instant même, définitivement acquis. Evidemment, en pareil cas, le débiteur n'entend pas se réserver le droit de revenir sur son option.

Mais, lorsque le choix a été exercé sous forme d'offres réelles, il n'en est plus de même tant que les offres peuvent être rétractées. En effet, aussi longtemps que le débiteur a le droit de revenir sur elles, il peut rétablir l'obligation alternative et, par conséquent, recouvrer son droit d'option. Quand le débiteur retire ses offres, l'obligation ne saurait être considérée comme éteinte. Or, si elle survit, elle doit conserver son caractère primitif. Ainsi que nous l'avons expliqué, l'alternative est une garantie du paiement. Elle ne peut donc pas disparaître quand celui-ci n'a pas été fait. Sans quoi l'alternative manquerait son but. Les offres réelles suivies de consignation sont considérées par la loi comme tenant lieu de paiement. Mais il va sans dire qu'elles ne peuvent plus avoir cette portée lorsqu'elles ont été retirées. La décision contraire à la nôtre aboutirait, en réalité, à admettre, de la part du débiteur, quand les offres réelles seraient rétractées, l'exercice du choix au moyen d'une simple déclaration de volonté, ce qui ne pourrait se concilier avec la raison d'être de l'alternative (1).

Au contraire, lorsque le choix a été déféré au créancier, il est irrévocable dès que la déclaration de volonté a été portée à la connaissance du débiteur. Le but de l'alternative ne s'oppose nullement à ce qu'on admette cette solution. D'autre part, on peut invoquer en faveur de celle-ci de puissantes considérations pratiques : il faut que le débiteur puisse, à partir du moment où le créancier l'a informé de son choix, disposer librement des choses non choisies. Au surplus, si le créancier veut se réserver la faculté de revenir sur son option, il n'a qu'à ne pas la porter à la connaissance du débiteur (2).

(1) *Sic* Toullier, VI, n. 692, note 1 ; Colmet de Santerre, V, n. 124 *bis*-II ; Larombière, III, p. 317 (art. 1190, n. 3) ; Demolombe, XXVI, n. 51 ; Thiry, III, n. 14 *in fine*. — *Contra* Laurent, XVII, n. 242. — Cpr. la théorie d'Ihering, *Jahrb. f. Dogm.*, I, p. 31-33.

(2) Cpr. Laurent et Ihering, *loc. cit.*

1080. Quand l'obligation alternative porte sur des prestations périodiques, par exemple, quand une personne doit payer chaque année ou une certaine somme ou une quantité de froment déterminée, la partie qui a l'option peut l'exercer différemment à chacune des échéances successives, car, dans ce cas, chaque paiement se rapporte à une obligation distincte (1).

Toutefois il en serait autrement s'il résultait des termes de la convention ou des circonstances que, dans l'intention des contractants, l'une des prestations devait être choisie une fois pour toutes (2).

1081. Si, au moment du paiement, la partie à qui le choix appartient ne l'exerce pas, parce qu'elle ignore son droit d'option, elle peut se faire replacer dans la situation où elle était avant de payer.

Nous ferons, de cette idée, trois applications :

1° Si une personne paie une chose, croyant la devoir d'une façon déterminée, alors qu'elle la doit seulement sous une alternative, elle peut, sous l'offre de livrer celle qui était également comprise dans son obligation, répéter l'indû, c'est-à-dire demander que la chose payée lui soit restituée. Et qu'on ne dise pas que, puisque cette dernière chose était un des objets de l'obligation, il n'y a pas lieu à la répétition de l'indû. Cette action est accordée, non seulement lorsque la chose payée n'était aucunement due, mais encore, lorsque le débiteur a payé plus qu'il ne devait, par exemple, en ne bénéficiant pas, par erreur, d'une modalité stipulée à son profit (3).

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 247; Toullier, VI, n. 693; Marcadé, IV, n. 581 *in fine;* Proudhon, *Usufr.*, I, n. 464; Colmet de Santerre, V, n. 124 *bis*-IV; Aubry et Rau, IV, p. 44, texte et note 6; Demolombe, XXVI, n. 52; Larombière, III, p. 320 (art. 1190, n. 8); Laurent, XVII, n. 244; Huc, VII, n. 291, dernier al., p. 391; Giorgi, *op. cit.*, IV, n. 431, p. 487. — Liège, 21 mai 1868, *Pasicr.*, 68. 2. 407. — Dans le même sens, L. 2, § 6, D., *De Act. empt.*, XIX, 1.— Solution expresse dans C. civ. argent., art. 640. — V. toutefois Duranton, XI, n. 141.

(2) V. les auteurs cités à la note précédente.

(3) Taulier, III, n. 692; Toullier, VI, n. 692; Larombière, III, p. 319 (art. 1190, n. 5); Colmet de Santerre, V, n. 124 *bis*-III; Demolombe, XXVI, n. 54; Thiry, III, n. 14. — La question était controversée en droit romain; Celsus, Marcellus et Ulpien, tenaient pour la solution que nous avons repoussée. —V. Celsus, L. 19, D., *De leg. et fid.*, XXXI. Mais Julien et Papinien se prononçaient en sens contraire. —

Mais il faut se rappeler ici que la répétition de l'indû a pour base ce principe d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Il en résulte que, si le créancier n'a pas fait naître la fausse opinion que le débiteur avait relativement à son droit d'option, la répétition de l'indû ne peut être admise que si elle ne doit pas préjudicier au créancier. Si donc celui-ci a vendu la chose livrée par erreur et à la place de laquelle le débiteur aurait pu payer une certaine somme, la répétition ne peut s'exercer que sur le prix de vente et seulement dans la mesure où ce prix excède la somme comprise dans l'alternative (1).

2° Il faut également décider que, si le créancier à qui la convention avait déféré le choix, demande ou accepte la livraison de l'une des deux choses, croyant qu'elle forme l'objet unique de l'obligation, il a droit d'exercer son choix comme si le paiement n'avait pas eu lieu, pourvu qu'il offre de rendre au débiteur la chose qu'il a déjà reçue.

On ne peut pas objecter qu'en acceptant l'une des deux choses, il a renoncé à son droit d'opter pour l'autre, car l'erreur dans laquelle il se trouvait excluait la possibilité de cette renonciation (2).

3° Si le débiteur, considérant par erreur l'obligation comme conjonctive, paie à la fois les deux choses, alors qu'il avait le droit d'option, il peut répéter l'une d'elles à son choix. On ne saurait objecter que le créancier, étant obligé de restituer l'une des deux choses, est devenu débiteur sous une alternative, et que, par suite, le choix lui appartient en vertu de l'art. 1190. D'abord, ce texte formule une règle d'interprétation des conventions, or, l'obligation de restituer est née de la réception de l'indû, c'est-à-dire d'un quasi-contrat. Art. 1376-1377. De plus, l'action en répétition a pour but de réparer le préjudice causé au débiteur par le paiement ; or ce préjudice ne

V. Julien, L. 32, § 3, D., *De cond. indeb.*, XII, 6. — Justinien s'est rangé à l'opinion de ces derniers, L. 10, C., *De cond. indeb*, IV, 5. — C'est également ce qu'ont fait Dumoulin et Pothier. — V. Dumoulin, *Div. et indiv.*, part. II, art. 135; Pothier, *Oblig.*, n. 255.

(1) Dumoulin, *op. cit.*, n. 139 s. ; Pothier, *op. cit.*, n. 256 ; Toullier, *loc. cit.* ; Demolombe, XXVI, n. 55 ; Giorgi, *op. cit.*, IV, n. 431, p. 488.

(2) Larombière, III, p. 319 (art. 1190, n. 6) ; Demolombe, XXVI, n. 56.

serait point complètement réparé si le créancier choisissait la chose qu'il doit rendre et si, par conséquent, le débiteur ne recouvrait pas son droit d'option [1].

Toutefois si, depuis le paiement, l'une des choses avait péri par cas fortuit, entre les mains du créancier, le débiteur ne pourrait pas exiger que l'autre lui fût remise, puisqu'il serait obligé de la livrer de nouveau, l'obligation n'ayant désormais pour objet que cette chose [2].

III. *Des risques* [3].

A. *Cas prévus par le législateur.*

1082. Il est une hypothèse que le législateur eût pu se dispenser de prévoir, car il y fait simplement l'application d'un principe général, et cette application allait de soi. C'est l'hypothèse prévue en ces termes par l'art. **1195** : « *Si les » deux choses sont péries sans la faute du débiteur, et avant » qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte conformément » à l'art. 1302* ». Cette disposition suppose que l'alternative porte sur deux corps certains et déterminés, et ne porte que sur ces deux choses [4]. D'ailleurs, en renvoyant à l'art. **1302**, le législateur donne suffisamment à comprendre que l'obligagation alternative est éteinte lors même que le débiteur est en demeure au moment où les deux choses périssent et s'il ne

[1] Toullier, VI, n. 692 *in fine;* Colmet de Santerre, V, n. 117 *bis;* Demolombe, XXVI, n. 57; Laurent, XVII, n. 234; Thiry, III, n. 14; Giorgi, *op. cit.*, n. 432, dern. al., p. 188. — Sur ce point encore Celsus défendait l'opinion que nous critiquons, et Julien et Papinien, celle que nous croyons préférable. Et, pour cette question, comme pour l'autre, c'est en faveur de ceux-ci que Justinien a tranché la controverse. V. L. 10, C., *De cond. indeb.*, Pothier s'est prononcé dans le même sens, *Oblig.*, n. 257.

[2] Pothier, *op. cit.*, n. 257 *in fine;* Demolombe, XXVI, n. 58-59.

[3] Les principes généraux suffisent pour le règlement de la question des risques dans les obligations alternatives. Cependant notre législateur a cru devoir formuler ici des dispositions spéciales. C'est d'autant plus regrettable que, parmi les dérogations apportées par lui aux principes généraux, il en est une au moins, nous le verrons, qu'on ne peut pas justifier. V. art. 1194, al. 3.

[4] Il en serait toutefois de même, si les deux choses comprises dans l'obligation n'étaient pas des corps certains, mais devaient être prises chacune dans un groupe de choses différent et déterminé, et que ces groupes vinssent à périr entièrement. — V. *infra*, l'explication de l'art. 1302.

s'est pas chargé des cas fortuits, dans le cas où l'une et l'autre des choses eussent également péri chez le créancier si elles lui avaient été livrées.

La solution contenue dans l'art. 1195 s'imposait, et il va sans dire qu'on n'a pas à distinguer ici suivant que c'est le créancier ou le débiteur qui a le droit de choisir. Dans les deux situations, l'obligation alternative cesse d'avoir un objet, et, par suite, doit s'éteindre [1].

1083. Cette distinction doit être faite, au contraire, dans les autres hypothèses. Nous devons donc rechercher successivement comment ces dernières sont régies : 1° lorsque le choix appartient au débiteur, conformément au droit commun ; 2° lorsqu'il a été attribué par la convention au créancier.

1084. Mais, auparavant, il convient de faire une observation commune aux art. 1193 et 1194. Les solutions données dans ces textes pour l'hypothèse où le débiteur a fait périr par sa *faute* les deux choses ou l'une d'elles, sont également applicables, si l'une des choses ou toutes les deux ont péri quand il était en demeure. Cela résulte et des principes généraux (art. 1245 et 1302 et arg. art. 1147), et de la disposition même de l'art. 1195, que nous venons de transcrire (arg. de ces mots : *et avant qu'il soit en demeure*).

1° *Le débiteur a le droit d'option.*

1085. C'est l'hypothèse réglée par l'art. 1193. Ce texte ne le déclare pas expressément ; mais ce point n'est pas douteux puisqu'il est expliqué, au début de l'art. 1194, que les dispositions de celui-ci sont applicables « *lorsque, dans les cas prévus* » *dans l'article précédent, le choix avait été déféré par la con-* » *vention au créancier* ». Donc le législateur suppose, dans l'art. 1193, que le choix appartient au débiteur.

[1] Bigot-Préameneu, *Exp. des mot.* ; Fenet, XIII, p. 247 *in fine* ; Locré, XII, n. 346, n. 80. — Evidemment, il n'y a pas à rechercher davantage, au point de vue de l'extinction de l'obligation alternative, si les choses ont péri successivement ou simultanément. La seule différence qui existe entre les deux cas est la suivante : quand les deux choses ont péri successivement, l'obligation a d'abord perdu son caractère alternatif, puis a été éteinte ; dans l'autre hypothèse, elle n'est pas devenue pure et simple avant de disparaître. Mais c'est là une constatation qui ne présente aucun intérêt pratique.

Cet article statue sur deux cas : « *L'obligation alternative,* » dit-il, dans son premier alinéa, *devient pure et simple, si* » *l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée,* » *même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne* » *peut pas être offert à sa place* ».

Notons d'abord que ce passage de notre texte « Si l'une des choses promises périt *et* ne peut plus être livrée », doit être rectifié ainsi : « Si l'une des choses promises périt *ou* ne peut plus être livrée », sans quoi il constituerait un pléonasme. Cette rectification est, d'ailleurs, conforme à l'esprit de la loi puisque les règles posées expressément soit dans l'art. **1193**, soit dans les deux suivants, relativement à la perte proprement dite, s'appliquent certainement aussi toutes les fois que l'une des choses ou toutes les deux, sans être perdues, ne peuvent pas être livrées, par exemple lorsqu'elles sont retirées du commerce ou expropriées pour cause d'utilité publique (1).

Il résulte du premier alinéa de l'art. **1193** que si l'une des deux choses périt, celle qui subsiste peut seule être offerte. Voici comment on justifie cette décision : Le législateur, dit-on, devait, évidemment, refuser au débiteur le droit de payer le prix de la chose qui aurait péri par sa faute. Mais il ne pouvait même pas lui reconnaître la faculté d'offrir celui de la chose détruite par un cas fortuit. L'alternative porte sur les choses mêmes qui sont comprises dans l'obligation, et, par suite, l'une d'elles ayant péri, l'alternative n'existe plus, ou, ce qui revient au même, le choix est devenu impossible. L'obligation se concentre sur l'autre chose (2).

1086. Toutefois il ne faut pas exagérer la portée de ces expressions de l'art. **1193** : « *L'obligation alternative devient* » *pure et simple* ». Cette proposition est sans doute absolument vraie quand l'une des choses a péri par cas fortuit. Mais, quand la perte a été causée par la faute du débiteur, la formule dont

(1) Marcadé, IV, n. 583 ; Aubry et Rau, p. 46, note 14 ; Larombière, III, p. 339 (art. 1193-1194, n. 10). — V. au surplus Bigot-Préameneu, *Exp. des mot.*, Fenet, XIII, p. 246 ; Locré, XII, n. 78, al. 3, p. 345.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 251. — V. aussi Fenet, XIII, p. 246 ; Locré, XII, n. 78, al. 3, p. 345.

nous parlons signifie simplement que la chose subsistante peut seule faire l'objet de l'offre. Nous allons voir, en effet, en expliquant le second alinéa de l'art. 1193, que, lorsque cette dernière chose est détruite elle-même dans la suite par un cas fortuit, l'obligation ne s'éteint pas comme elle le ferait si la perte de la première chose l'avait rendue véritablement pure et simple [1].

1087. La disposition du premier alinéa de l'art. 1193 mérite certainement d'être approuvée en tant que s'appliquant au cas où l'une des choses a péri par la faute ou après la mise en demeure du débiteur. Mais, si l'on suppose que la perte de la chose a été fortuite, cette disposition soulève une grave critique. Du moment que le débiteur est privé du choix, sa situation est empirée ; or, d'une façon générale, il est inadmissible qu'un événement fortuit produise un pareil résultat. Sans doute on ne saurait, dans l'hypothèse prévue, reconnaître au débiteur le droit de se libérer par la simple déclaration qu'il choisit l'objet qui a péri; alors, en effet, il est impossible de savoir quelle est celle des deux choses qu'il choisirait si l'une et l'autre subsistaient. Mais, du moins, il serait équitable qu'il pût, s'il le préfère, se libérer par le paiement de l'estimation de la chose détruite. Il est très probable, d'ailleurs, comme le soutient M. Labbé, que la solution romaine était dans ce dernier sens et que, sur la question qui nous occupe, la doctrine d'Ulpien et de Papinien a été mal interprétée par Dumoulin [2]. Nous devons, toutefois, préciser la portée de notre observation. Nous ne disons point que, d'après les jurisconsultes romains, l'obligé devait désormais ou le corps certain subsistant, ou une somme d'argent, représentant le corps certain détruit. Cette décision aurait, contrairement aux principes, aggravé l'obligation, car, à la différence du corps certain qu'elle aurait représenté, cette somme d'argent, vu sa nature de quantité, n'aurait pas été susceptible de périr, et, par conséquent, si l'autre chose

[1] Mourlon, II, n. 1231, al. 2 à 5; Giorgi, IV, n. 440, p. 498.

[2] V. Labbé, *De la perte de la chose due dans l'obligation alternative; origine et critique de l'art. 1193 du Code Napoléon*, dans *Etudes sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due et à la confusion*, p. 55 s., n. 41 s.

avait été fortuitement détruite à son tour, le débiteur aurait continué à devoir la somme d'argent. Dans le système qui était probablement celui des jurisconsultes romains, si la chose qui n'avait pas été détruite la première venait elle-même à périr par cas fortuit, l'obligation, puisque les deux choses avaient disparu, était éteinte [1].

Mais il nous faut répondre à l'objection suivante : si, par hypothèse, les parties ont laissé le choix au débiteur, il n'en est pas moins vrai qu'elles ont eu en vue l'intérêt qu'offrait au créancier chacun des corps certains compris dans l'alternative. L'exécution ne saurait donc consister que dans la livraison de celui de ces objets qui subsiste. Elle ne peut pas résulter du paiement de la valeur de la chose détruite. Le débiteur ne saurait, au mépris de la convention, convertir en dette d'argent une obligation qui, d'après l'intention des parties, ne pouvait s'exécuter que par la livraison d'un corps certain. L'objection est très forte. M. Labbé, avec raison, d'après nous, en tient compte, du moins dans une certaine mesure, et apporte, en conséquence, un tempérament à sa décision : « Nous croyons, dit-il, que suivant les règles de la justice, le débiteur, dans notre hypothèse, peut être forcé par le créancier et doit être condamné à livrer la chose qui reste, moyennant une indemnité en argent, mise à la charge du créancier et mesurée sur la différence de valeur des choses entre lesquelles le débiteur avait le choix. C'est pour exprimer cette nuance que nous disons : le débiteur, après la perte fortuite de l'une des choses comprises dans l'alternative, conserve, non pas à proprement parler le choix, mais le bénéfice du choix, le bénéfice résultant pour lui de la faculté que le contrat lui avait attribuée de choisir entre des choses d'inégale valeur » [2].

Quoi qu'il en soit, l'interprétation que Dumoulin a donnée des textes de Papinien et d'Ulpien a influencé notre législateur et l'a conduit à écrire la disposition de l'art. 1193, al. 1. Cette disposition se retrouve dans l'art. 265 du Code

[1] Labbé, *op. cit.*, p. 58-59, n. 45.
[2] Labbé, *op. cit.*, n. 53, p. 66-67.

civil allemand. Les auteurs de ce code l'ont admise comme une conséquence naturelle du principe de concentration.

1088. Le second alinéa de l'art. 1193 est ainsi conçu : « *Si » toutes deux* (les deux choses) *sont péries, et que le débiteur » soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix » de celle qui a péri la dernière* » (1).

1089. Quand c'est la perte de la seconde chose qui est imputable au débiteur, cette disposition s'explique aisément. Dans ce cas, en effet, le débiteur a privé le créancier de la chose qui était devenue l'objet définitif de l'obligation. Il lui doit de ce chef une indemnité qui comprend toujours le prix de cette chose et, s'il y a lieu, de plus amples dommages-intérêts.

1090. Lorsque la première chose a péri par la faute dud débiteur, et la seconde par cas fortuit, peut-être sera-t-on étonné que le législateur n'ait pas déclaré le débiteur complètement libéré. On pourrait, en effet, raisonner ainsi : En détruisant la première chose, le débiteur a déterminé, comme il en avait le droit, l'objet de l'obligation. Celle-ci est désormais pure et simple, et, par suite, elle doit s'éteindre par la perte de la chose qui en est le seul objet. Mais ce raisonnement n'est pas exact. Le débiteur n'avait pas le droit de faire périr la première chose, car, par là, il a diminué les chances que le créancier avait d'être payé. Si, en effet, il n'avait pas détruit cette chose, il aurait pu la livrer à défaut de l'autre. On ne doit donc pas, quant à l'hypothèse dont nous parlons maintenant, prendre à la lettre cette proposition que l'obligation est devenue pure et simple. Ici, elle signifie uniquement que le débiteur, lorsque l'une des deux choses a péri par sa faute, est seulement tenu de délivrer l'autre, si elle subsiste, et qu'on ne peut pas le contraindre à payer, à la place de celle-ci, le prix de la chose qu'il a fait périr. Mais les parties ne sont pas pour cela dans la même situation que si l'obligation était vraiment pure et simple, et, notamment, la perte de la chose qui, désormais, faisait seule l'objet de l'obligation, ne libère pas le débiteur (2).

(1) Même disposition dans C. civ. mex., art. 1386; C. civ. arg., art. 639 *in fine*
(2) Toullier, VI, n. 696; Marcadé, IV, n. 584; Mourlon, II, n. 1231; Colmet de

1091. Il est plus difficile de justifier la solution du Code, en tant que le débiteur est tenu, même lorsque la seconde chose a péri par cas fortuit, de payer le prix de cette chose, sans qu'il y ait à distinguer, d'ailleurs, si elle valait plus ou moins que l'autre. Pothier décidait que, dans notre hypothèse, le créancier pourrait demander le prix de la chose périe par la faute du débiteur, par conséquent le prix de la chose périe en premier lieu (1). Plusieurs auteurs regrettent que le législateur n'ait pas reproduit cette décision (2). Cependant la disposition de l'art. 1193 peut, même sur ce point, s'expliquer par de très bonnes raisons. D'abord les rédacteurs du Code ont pu estimer qu'en faisant périr la première chose, le débiteur prenait l'autre à ses risques et périls. Puis, si la seconde chose n'avait pas été détruite par cas fortuit, le débiteur aurait été obligé de la délivrer au créancier, quelle que fût la valeur de cette chose. Il n'aurait pas pu, même si cette valeur avait été bien supérieure à celle de la chose périe en premier lieu, se libérer en payant le prix de celle-ci. Donc il n'aurait pas eu le choix. L'option qu'il a perdue en détruisant la première chose ne saurait lui être rendue par la perte fortuite de la seconde. Enfin on peut invoquer une considération pratique pour justifier la décision de la loi, car il est plus facile de déterminer le prix de la chose périe en premier lieu que celui de l'autre chose, dont la destruction remonte toujours à une époque plus ou moins éloignée (3).

1092. Si tous les objets compris dans l'alternative ont péri successivement par la faute du débiteur, c'est encore, sans aucun doute, la disposition de l'art. 1193, al. 2, qui est applicable. L'obligation s'est concentrée sur la chose détruite en dernier lieu. C'est donc le prix de celle-ci qui doit être payé

Santerre, V, n. 120 *bis;* Larombière, III, p. 336 (art. 1193-1194, n. 5); Demolombe, XXVI, n. 82; Laurent, XVII, n. 249; Vigié, II, n. 1436 *in fine;* Thiry, III, n. 16. — Cpr. Pothier, *Oblig.*, n. 252 *in fine.*

(1) *Oblig.*, n. 252 *in fine.*

(2) Bugnet sur Pothier, II, p. 117, note 2; Duranton, XI, n. 144; Marcadé, IV, n. 584; Demolombe, XXVI, n. 84. — Cpr. Mourlon, II, n. 1231 *in fine.* — V. aussi Carnazza, *op. cit.*, p. 179, n. 15.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 120 *bis;* Laurent, XVII, n. 248 *in fine;* Vigié, II, n. 1436 *in fine.* — Cpr. Thiry, III, n. 16.

par le débiteur [1], sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.

1093. Si toutes les choses ont péri simultanément, c'est-à-dire dans un même évènement, par la faute ou après la mise en demeure du débiteur, celui-ci doit payer le prix de l'une d'elles, et il a le choix entre les prix des diverses choses [2]. M. Larombière ajoute que, dans cette hypothèse, le créancier n'a droit à aucune indemnité, ce qui signifie qu'il ne pourra pas réclamer de plus amples dommages-intérêts [3]. Nous ne sommes pas de cet avis. Le créancier aura droit à une indemnité représentant l'avantage dont il se trouve privé par ce fait qu'il ne reçoit pas en nature la chose dont le débiteur a déclaré vouloir payer le prix. Cet avantage lui était assuré par la convention. Il est inadmissible qu'il le perde par la faute du débiteur [4].

2° *Le choix a été attribué au créancier.*

1094. Ici, le législateur reprend les mêmes hypothèses : « *Lorsque, dans les cas prévus par l'article précédent, le choix avait été déféré par la convention au créancier, — Ou l'une des choses seulement est périe ; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste ; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périe ; — Ou les deux choses sont péries, et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix* » Art. **1194**.

L'une des choses seulement est périe : Si ce fait n'a pas été causé ou occasionné par le débiteur, le créancier n'a droit qu'à la chose subsistante, par le motif que la perte de l'une des deux choses par cas fortuit a supprimé l'alternative, et

(1) Laurent, XVII, n. 247 *in fine*, p. 254 *in fine*. — Solution expresse dans le C. civ. mexic., art. 1368 *in fine*.

(2) Duranton, XI, n. 144 *in fine ;* Demante, V, n. 122 ; Larombière, III, p. 338 (art. 1193-1194, n. 7) ; Demolombe, XXVI, n, 89 ; Giorgi, *op. cit.*, IV, n. 440 ; Carnazza, *op. cit.*, p. 182, n. 20. — C. civ. chil., art. 1504, al. 2.

(3) Larombière, *loc. cit.* — *Adde* Giorgi, *loc. cit.*

(4) Demolombe, *loc. cit.*

que l'autre chose forme actuellement l'unique objet de l'obligation.

Si la chose qui n'existe plus a péri par la faute du débiteur, le créancier peut réclamer ou celle qui subsiste ou le prix de la chose périe ; car le débiteur n'a pas pu le priver de son droit d'option, qui doit, par suite, s'exercer dans la mesure du possible, c'est-à-dire entre la chose subsistante et le prix de l'autre, à défaut de cette dernière. Ajoutons que si le créancier choisit le prix de la chose détruite, il a le droit de réclamer en outre des dommages-intérêts représentant le préjudice que lui cause le fait de ne pas recevoir cette chose en nature.

1095. Supposons maintenant avec le législateur que les deux choses sont péries : le troisième alinéa de l'art. **1194** dispose qu' « *alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix* ». Lorsque les deux choses ont péri par la faute du débiteur, cette solution ne saurait être critiquée. Le créancier doit, à titre d'indemnité, être placé dans une situation équivalente à celle dont le débiteur l'a injustement privé. Or, le débiteur a fait périr les deux choses comprises dans l'alternative. Il fallait donc reconnaître au créancier le droit d'opter pour le prix, soit de l'une, soit de l'autre.

La loi dispose de même pour le cas où le débiteur n'est en faute qu'à l'égard de l'une des deux choses. Cette disposition est formelle. Il faut donc l'appliquer. Mais tous les auteurs la critiquent avec raison [1]. Que ce soit la première ou la seconde chose qui ait péri par cas fortuit, il n'est point vrai que si le créancier ne peut pas la choisir, c'est par la faute du débiteur. Tout ce que l'on peut dire, c'est que, sans cette faute, l'obligation aurait conservé l'un de ses objets éventuels.

[1] V. Duranton, XI, n. 148; Marcadé, IV, n. 586; Colmet de Santerre, V, n. 121 *bis*-I; Demolombe, XXVI, n. 88; Laurent, XVII, n. 250; Larombière, III, p. 339 (art. 1193-1194, n. 9). Suivant la remarque de ce dernier auteur, la disposition dont nous parlons ne peut se justifier que par l'intention, chez le législateur, d'établir une sanction pénale contre le débiteur qui a contrevenu à son engagement.

L'indemnité devrait donc consister exclusivement dans le prix de la chose que le débiteur a fait périr, puisque c'est uniquement de celle-ci qu'il a privé le créancier [1].

B. *Cas non prévus par le législateur.*

1096. Il résulte suffisamment des termes des art. **1193** à **1195** qu'en parlant de la perte des choses comprises dans l'alternative ou de l'une d'elles, la loi n'a prévu que la perte totale. Mais, en nous inspirant des principes généraux, nous trouverons facilement les solutions applicables quand il y a simplement perte partielle ou dégradation. Pour cela, supposons d'abord que l'option appartient au débiteur, puis, qu'elle a été accordée au créancier.

1097. Le choix a été laissé au débiteur : Si l'une seulement des deux choses est détériorée ou si toutes deux le sont, mais inégalement, le débiteur pourra, en supposant que la perte partielle est le résultat d'un cas fortuit, faire porter le paiement soit sur la chose qui est seule dégradée, soit sur celle des deux qui l'est davantage. Rien n'empêche, en effet, que son choix s'exerce de la sorte ; la chose, quoique détériorée, existe encore. L'obligation est donc toujours alternative, et le débiteur a conservé le droit de se libérer par le paiement de la chose qui vaut le moins, sans que, bien entendu, il puisse être question de dommages-intérêts [2].

1098. Si l'une des choses a été dégradée par la faute du débiteur, celui-ci a néanmoins le droit de l'offrir. Mais, s'il la choisit, le créancier est fondé à lui réclamer des dommages-intérêts ou même à demander la résolution du contrat Art. **1184** [3]. Nous ne croyons pas toutefois que le créancier

(1) La disposition finale de l'art, 1194 est c itiquée par tous les auteurs. — V. Duranton, XI, n. 148; Marcadé, IV, n. 586 ; Colmet de Santerre, V, n. 121 *bis*-I ; Larombière, III, p. 339 (art. 1193-1194, n. 9) ; Demolombe, XXVI, n. 88 ; Laurent, XVII, n. 250. — Le Code civil portugais et le Code civil espagnol, qui ont sur les autres points reproduit le système de notre législation relativement aux risques dans les obligations alternatives quand le choix a été déféré au créancier (C. civ. port., art. 734-735, et C. civ. esp., art. 1136), ne prévoient pas l'hypothèse où l'une des deux choses a péri par cas fortuit et l'autre par la faute du débiteur. Ils laissent donc, avec raison, cette hypothèse sous l'empire du droit commun.

(2) Larombière, III, p. 340 (art. 1193-1194, n. 11) ; Demolombe, XXVI, n. 72.

(3) Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXVI, n. 94.

puisse, comme on l'a prétendu, conclure à ce que le débiteur soit condamné, à titre de dommages-intérêts, à lui livrer la chose non détériorée : d'une part, les dommages-intérêts doivent, en principe, être pécuniaires, et, d'autre part, la condamnation dont il s'agit méconnaîtrait la nature de l'obligation et violerait la loi du contrat (1).

1099. Le choix a été déféré au créancier : dans cette hypothèse, la question ne présente d'intérêt que lorsque la perte partielle est imputable au débiteur. Si, en pareil cas, le créancier opte pour la chose dégradée, il peut certainement réclamer en outre une indemnité (2).

Mais, alors même qu'il choisit la chose intacte, le créancier nous paraît avoir droit à des dommages-intérêts lorsqu'il justifie qu'il aurait eu avantage à opter pour l'autre chose si le débiteur ne l'avait pas détériorée. Puisque, en effet, il tenait de la convention le droit de choisir, le débiteur lui doit une réparation toutes les fois qu'il a empêché le libre exercice de l'option. On fait observer, à l'appui de l'opinion adverse, que, lorsque le créancier s'est prononcé pour la chose intacte, celle-ci est réputée avoir été, dès l'origine, l'objet unique de l'obligation. Qu'importe ! cela n'empêche pas que la loi du contrat ait été violée, et le débiteur est tenu de dommages-intérêts parce qu'il n'a pas laissé au créancier la pleine liberté d'appliquer cette fiction à l'autre chose (3).

Le créancier pourrait même être fondé à poursuivre la résolution du contrat avec dommages-intérêts. Art. 1184 (4).

1100. Le législateur n'a pas prévu le cas où c'est le créancier qui a fait périr totalement ou partiellement l'une des deux choses.

Dans cette hypothèse, si l'option appartient au débiteur, il peut évidemment choisir la chose détruite ou dégradée, et, s'il opte pour la chose intacte, le créancier lui doit évidem-

(1) Cpr. Giorgi, *op. cit.*, IV, n. 442, p. 505. — V. en sens contraire Demolombe, *loc. cit.*

(2) Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXVI, n. 95; Giorgi, *op. cit.*, IV, n. 442, p. 505 *in fine.*

(3) *Contra* Demolombe, *loc. cit.*

(4) Larombière et Demolombe, *loc. cit.*

ment une indemnité pour la perte totale ou partielle de l'autre chose [1].

Cette solution ne fait aucune difficulté en droit français. Toutefois le Code civil d'Allemagne a sur le nôtre cette supériorité qu'il renferme une disposition conçue en termes assez généraux pour comprendre notamment ce cas. Après avoir déclaré que « si l'une des prestations alternatives est impossible dès l'origine, ou si elle le devient postérieurement, l'obligation se restreint aux autres », son art. 265 ajoute : « Cette restriction n'a pas lieu si la prestation devient impossible par une circonstance dont répond la partie qui n'avait pas l'option » [2].

1101. Si les deux choses périssent par la faute du créancier et que le choix ait été laissé au débiteur, celui-ci est libéré, et il a le droit de réclamer au créancier des dommages-intérêts représentant le préjudice que lui cause la perte de la chose qu'il n'aurait pas choisie [3].

1102. Si le choix a été attribué au créancier, la question n'est délicate que dans le cas où le fait par lui d'avoir détruit ou détérioré l'une des choses ne peut pas être considéré comme l'exercice de l'option [4]. Quand ce fait ne doit pas être interprété ainsi, le créancier peut choisir l'autre chose, sauf les dommages-intérêts que le débiteur est en droit de lui réclamer [5]. Mais, pour les raisons données à la fin du n. 1098, le débiteur ne pourrait pas, selon nous, conclure à titre de dommages-intérêts, à ce que le créancier fût condamné à recevoir en paiement la chose dégradée ou détruite [6].

1103. Si les deux choses périssent par la faute du créancier, alors que l'option lui a été déférée, le débiteur est libéré ;

(1) Larombière, III, p. 341 (art. 1193-1194, n. 11) ; Demolombe, XXVI, n. 97 ; Saleilles, *Bull. Soc. législ. comp.*, XXIV, 1894-1895, p. 749. — Cpr. Toullier, VI, n. 697 ; Giorgi, *op. cit.*, IV, n. 442, p. 506.

(2) Trad. Meulenaere, p. 73.

(3) Cpr. C. civ. mex., art. 1377-1378.

(4) Le Code civil portugais déclare que « si l'une des choses a péri par la faute ou la négligence du créancier, celui-ci sera réputé payé » Art. 737. — *Sic* C. civ. mex., art. 1386. — Cette disposition a l'avantage de dispenser le juge d'une appréciation souvent difficile.

(5) Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXVI, n. 98.

(6) *Contra* Demolombe, *loc. cit.*; Giorgi, IV, n. 442 *in fine*, p. 506.

de plus, le créancier doit l'indemniser du préjudice que lui cause la perte de la chose qui n'aurait pas été choisie [1].

1104. Dans les explications qui précèdent, nous avons supposé que l'obligation alternative comprenait deux corps certains et déterminés et que ceux-ci ou l'un d'eux avaient péri ou ne pouvaient pas être livrés ; mais il faut élargir cette théorie, car l'alternative peut, ainsi que nous l'avons expliqué, porter sur toute espèce de prestations et, par conséquent, sur des faits ou des abstentions. Dans l'art. 1189, nous l'avons dit, le mot *chose* est pris dans un sens large, que le législateur lui a conservé dans les art. 1191 à 1196 [2]. En supposant donc que l'alternative comprenne deux faits, il faut adopter les solutions suivantes.

1105. Dans le cas où le choix a été laissé au débiteur, celui-ci ne pourra pas, si l'un des faits est devenu impossible, offrir, à la place de l'autre prestation, l'équivalent pécuniaire du bénéfice qu'aurait procuré au créancier l'accomplissement du fait actuellement irréalisable.

Si les deux prestations sont devenues impossibles et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, les dommages-intérêts doivent être évalués d'après l'intérêt qu'aurait eu pour le créancier l'accomplissement du dernier fait.

1106. Dans l'hypothèse où le créancier s'est réservé le droit d'option, si l'un des faits seulement est devenu impossible, et que ce soit sans la faute du débiteur, le créancier peut exiger l'accomplissement de l'autre fait.

Si le débiteur est en faute, le créancier a le droit de demander ou la prestation du fait encore possible ou une indemnité égale à l'avantage que la réalisation de l'autre fait lui aurait procuré.

Si les deux faits sont devenus impossibles, et que le débiteur soit en faute à l'égard des deux ou même à l'égard d'un seul, le créancier peut, à son choix, calculer le prix de l'indemnité d'après l'importance qu'avait pour lui, soit l'une, soit l'autre des deux prestations.

[1] Cpr. C. civ. mex., art. 1376 et 1378.
[2] Cpr. C. civ. esp., art. 1136, al. 6.

Enfin si les deux faits sont devenus impossibles sans la faute du débiteur, l'obligation sera éteinte, et le créancier n'aura droit à aucune indemnité.

SECTION IV

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES

§ I. *Notions générales sur la solidarité.*

1107. Il peut arriver que, dans une même obligation, il y ait pluralité de sujets actifs ou de sujets passifs, en d'autres termes, qu'il y ait plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs. Il se peut même que la pluralité de sujets existe d'un côté et de l'autre. Aussi l'art. **1101** définit-il le contrat « ... une convention par laquelle une *ou plusieurs* personnes s'obligent envers une *ou plusieurs* autres... ». Dans ces diverses hypothèses, on dit que l'obligation est *conjointe,* parce qu'elle existe à la charge ou au profit de plusieurs conjointement [1].

1108. En principe, l'obligation conjointe se divise, même dans les rapports des créanciers avec les débiteurs, soit au point de vue actif, soit au point de vue passif. Arg. art. **1220**. Cette règle trouve sa justification dans la disposition de l'art. **1162**, aux termes de laquelle une convention doit s'interpréter « contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

1109. En principe aussi, la division dont il s'agit a lieu par portions viriles, c'est-à-dire égales. Il est naturel, en effet, d'admettre, dans le silence de la convention, et abstraction faite de situations exceptionnelles dont nous allons parler, que la créance ou la dette doit se diviser également.

1110. Cette dernière règle cesse de s'appliquer :

[1] A l'obligation conjointe, la doctrine oppose l'obligation disjointe. Ce qui caractérise cette dernière, c'est qu'une particule disjonctive y sépare deux ou plusieurs personnes, de façon qu'une seule de celles-ci est appelée à être le sujet actif ou le sujet passif de l'obligation. Les jurisconsultes romains ne l'ont guère étudiée qu'à propos d'hypothèses où elle découlait d'un legs : « *Illi aut illi do, lego* ». Le Code civil français n'en parle pas, et c'est avec raison, la pratique moderne ignorant absolument l'obligation disjointe. Pour plus de détails, voyez Demolombe, XXVI, n. 101-104.

1° Lorsque, aux termes de la convention intervenue entre les créanciers et les débiteurs, les parts des uns ou des autres doivent être inégales ;

2° Lorsque, parmi les créanciers ou les débiteurs actuels, il en est plusieurs qui ne représentent qu'un seul des créanciers ou des débiteurs primitifs. C'est ce qui arrive quand l'une des personnes qui ont stipulé ou promis est décédée, laissant plusieurs héritiers, ou quand l'un des créanciers originaires a cédé sa part à plusieurs personnes ;

3° Dans certaines hypothèses où, en dehors de toute succession à titre universel ou à titre particulier, plusieurs créanciers ou débiteurs ne comptent que pour un seul. Nous citerons le cas du mari et de la femme mariés sous le régime de la communauté [1].

1111. On voit que l'obligation conjointe comprend, en réalité, autant de créances ou de dettes qu'il y a de créanciers ou de débiteurs [2]. Mais, à certains égards, ces diverses créances ou dettes ne sont pas aussi indépendantes les unes des autres que si chacun des créanciers ou des débiteurs avait stipulé ou promis par acte séparé. En d'autres termes, l'obligation conjointe n'est pas absolument l'équivalent de plusieurs obligations simples dont le nombre serait égal à celui des créanciers ou des débiteurs et qui auraient chacune pour objet une part de la chose promise dans l'obligation conjointe. V. notamment les art. 1670 et 1671 *in fine* [3].

1112. Du principe que l'obligation se divise par portions viriles entre les divers créanciers ou les divers débiteurs, découlent de nombreuses conséquences ; nous les indiquerons en supposant successivement la pluralité de créanciers, puis la pluralité de débiteurs.

Dans le premier cas :

1° Chaque créancier ne peut demander que sa part virile, et, de son côté, le débiteur ne peut lui offrir que cette même part ;

(1) Toullier, VI, n. 716 à 718 ; Larombière, III, p. 361 (art. 1197, n. 1) ; Aubry et Rau, IV, p. 13.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 14 ; Demolombe, XXVI, n. 110 ; Laurent, XVII, n. 251 et 274 ; Thiry, III, n. 18 ; Huc, VII, n. 295.

(3) Demolombe, XXVI, n. 113-114.

2° L'acte interruptif de la prescription, fait par un seul des créanciers, n'a pas d'effet au regard des autres;

3° Il en est de même de la mise en demeure du débiteur et de la demande d'intérêts, quand ces actes émanent d'un seul des créanciers;

4° Cette circonstance que l'obligation est annulée ou déclarée inexistante en ce qui concerne un des créanciers, n'accroît pas les parts des autres;

5° Quand l'insolvabilité du débiteur survient après qu'il a exécuté l'obligation à l'égard d'une partie des créanciers, elle doit être supportée exclusivement par ceux qui n'ont pas été payés.

1113. En cas de pluralité de débiteurs :

1° Chacun d'eux n'est tenu de payer que sa part virile, et le créancier, par suite, ne peut lui réclamer que cette part;

2° L'acte interruptif de la prescription, adressé à un des débiteurs, est inopérant quant aux autres;

3° Il faut en dire autant de la mise en demeure d'un seul des débiteurs et de la demande d'intérêts formée contre un seul d'entre eux;

4° De même, la faute commise par un des débiteurs ne produit d'effet que relativement à lui;

5° Quand une clause pénale garantit l'exécution de l'obligation conjointe, la peine n'est encourue que par le débiteur contrevenant et seulement pour sa part virile;

6° Cette circonstance que l'obligation est annulée ou déclarée inexistante du chef de l'un des débiteurs, n'a point pour effet d'accroître la dette des autres;

7° De même, l'insolvabilité de l'un des débiteurs n'aggrave pas la situation des autres; elle doit être, par conséquent, entièrement et définitivement supportée par le créancier.

1114. En règle générale, l'obligation conjointe se divise, comme nous l'avons expliqué, entre les créanciers ou les débiteurs, mais il en est autrement quand l'obligation n'est pas simplement conjointe, c'est-à-dire quand elle est soit solidaire, soit indivisible.

Avec la section IV de notre chapitre, nous traiterons de la solidarité, et, avec sa section V, de l'indivisibilité.

1115. La solidarité est une modalité qui suppose deux ou plusieurs sujets actifs ou passifs d'une même obligation, et en vertu de laquelle, nonobstant la divisibilité de cette oblition, chaque créancier peut demander et chaque débiteur est tenu d'effectuer le paiement total, avec cette particularité que ce paiement éteint l'obligation à l'égard de tous les créanciers ou de tous les débiteurs.

Quand il y a pluralité de créanciers, cette modalité porte le nom de solidarité *active;* on l'appelle solidarité *passive* quand il y a pluralité de débiteurs.

En droit romain, également, la solidarité pouvait exister soit au profit de deux ou plusieurs créanciers, *duo aut plures rei stipulandi, credendi,* soit à la charge de deux ou plusieurs débiteurs, *duo aut plures rei promittendi debendi.* Elle supposait donc, au point de vue actif ou au point de vue passif, deux ou plusieurs sujets, ou, pour parler comme les interprètes (1), des *correi,* expression d'où ils ont tiré celle de *corréalité* (2).

Le principal effet de la solidarité est d'empêcher la division de la créance ou de la dette entre les divers créanciers dans leurs rapports avec le débiteur, ou entre les divers débiteurs dans leurs rapports avec le créancier. Au cas de solidarité active, chacun des sujets actifs de l'obligation est créancier pour le tout, et peut, par conséquent, recevoir et même demander le paiement intégral, *solidum.* De même, au cas de solidarité passive, chacun des sujets passifs de l'obligation est débiteur pour le tout, et peut être contraint de payer le tout, *solidum.* D'où les dénominations de *solidarité,* obligation *solidaire.*

Au lieu de *solidarité,* nos anciens auteurs, notamment Domat, Pothier et Bourjon, disaient *solidité,* expression où apparaissait mieux l'étymologie que nous venons d'indiquer (3). Toutefois, le mot *solidarité* était employé par quelques

(1) Par exemple, comme Dumoulin ou Pothier.

(2) Dès 1756 le Codex Maximilianus de Bavière emploie l'expression *correalität.*

(3) Domat, *Lois civ.*, part. I, liv. III, tit. III (édit. Remy, II, p. 71-77); Pothier, *Oblig.*, part. II, chap. III, art. 7 et 8 (édit. Dupin, I, p. 127-149); Bourjon, *Le droit commun de la France,* liv. VI, chap. IV (tome II, p. 426-432).

jurisconsultes (1), notamment par des arrêtistes, au moins dès le milieu du XVIIIe siècle (2).

1116. La solidarité active et la solidarité passive peuvent se trouver réunies dans une même obligation. Il en est ainsi quand il y a, simultanément, pluralité de créanciers et de débiteurs, et que l'exécution intégrale peut être demandée par chacun des premiers à chacun des seconds, de sorte qu'un seul paiement total, fait par l'un de ces derniers, éteigne l'obligation au regard de tous créanciers et de tous les débiteurs.

1117. L'obligation solidaire est unique quant à la prestation qui en forme l'objet, mais multiple quant aux liens de droit qu'elle engendre (3) ; il y a, en effet, autant de liens que de créanciers ou de débiteurs. A certains points de vue, il faut les distinguer les uns des autres : 1° Les uns peuvent être affectés de modalités, tandis que les autres sont purs et simples (4). C'est ce que dit l'art. **1201**, relativement à la solidarité passive : « *L'obligation peut être solidaire quoique l'un* » *des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au paie-* » *ment de la même chose; par exemple, si l'un n'est obligé* » *que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre* » *est pur et simple, ou si l'un a pris un terme qui n'est point* » *accordé à l'autre* » (5). Il n'y a aucune raison pour ne pas

(1) Boutaric disait indifféremment *solidarité* ou *solidité*. *Les Institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit français* (1re édit. 1757), p. 432 s. — V. aussi la table, v° *Solidarité ou solidité*.

(2) V., par exemple, *Notables et singulières questions de droit écrit jugées au Parlement de Toulouse*, par M. Gérard de Maynard, conseiller au Parlement de Toulouse, (nouv. édit., 1751), à la table générale des matières, v° *Solidarité* — V. aussi *Décisions sommaires du Palais*, par Abraham Lapeyrère, ancien avocat à Bordeaux, (6e édit., 1749), à la table des mots et des matières, v° *Solidarité*.

(3) Ce double aspect de l'obligation solidaire est traditionnel. Il se dégage certainement des solutions du droit romain. V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 548-550, p. 140 s. — La question de savoir quelle est celle des deux idées, notion d'unité ou notion de pluralité, qui doit prédominer dans l'obligation solidaire est très discutée par la doctrine allemande. V. Saleilles, *op. cit.*, n. 114, p. 107, et les auteurs auxquels il renvoie. — V. aussi le même ouvrage, n. 119 *in fine*, n. 114 *in fine* (exposé de la théorie de Kuntze), et Girard, *op. cit.*, p. 723, note 3.

(4) L. 7, D., *De duobus reis*, XLV, II. — V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 548, p. 141 *in fine*.

(5) Pothier, à qui les auteurs du Code ont emprunté cette disposition, prévoyait une objection et y répondait en ces termes : « On dira peut-être qu'il répugne

étendre cette disposition à la solidarité active [1]; 2° Le fait qui empêche un des liens de se former ou qui le rend annulable n'entraîne pas nécessairement l'inexistence ou l'annulabilité des autres. Arg. art. 1208, al. 2 [2]. Il est possible, par exemple, que certains d'entre eux seulement soient rescindables pour incapacité ou annulables pour vice du consentement.

1118. On peut rapprocher, comme nous l'avons déjà fait, l'obligation solidaire de l'obligation alternative. L'une a plusieurs sujets actifs ou passifs : l'autre, plusieurs objets. Mais, de même que celle-ci s'éteint par l'accomplissement de l'une des prestations, de même celle-là s'éteint par le paiement fait à l'un des créanciers ou par l'un des débiteurs [3].

1119. La solidarité, qu'elle soit active ou passive, suppose, dans le système de notre code civil et de toutes les législations modernes, une société ou, au moins, une com-

qu'une seule et même obligation ait des qualités opposées, qu'elle soit pure et simple à l'égard de l'un des débiteurs, et conditionnelle à l'égard de l'autre. La réponse est que l'obligation solidaire est une, à la vérité, par rapport à la chose qui en fait l'objet, le sujet et la matière ; mais elle est composée d'autant de liens qu'il y a de personnes différentes qui l'ont contractée ; et ces personnes étant différentes entre elles, les liens qui les obligent sont autant de liens différents, qui peuvent, par conséquent, avoir des qualités différentes... L'obligation est une par rapport à son objet, qui est la chose due : mais par rapport aux personnes qui l'ont contractée, on peut dire qu'il y a autant d'obligations qu'il y a de personnes obligées ». Pothier, *Oblig.*, n. 263, al. 3 (édit. Dupin, I, p. 129). — V. aussi Domat, *op. cit.*, 1re partie, liv. III, tit. III, sect. I, n. 5 (édit. Rémy, II, p. 74).

(1) Le Code civil espagnol (art. 1140) reproduit cette disposition, mais en visant aussi bien la solidarité active que la solidarité passive. — D'ailleurs, la solution que nous donnons s'impose, quelle que soit la théorie que l'on adopte relativement à la part qu'il convient de faire, dans la théorie de l'obligation solidaire, à la notion d'unité. Saleilles, *op. cit.*, n. 115.

(2) Demolombe (XXVI, n. 24) et Aubry et Rau (IV, p. 214) ne se prononcent qu'en ce qui concerne la solidarité passive. Mais rien ne permet de supposer que, d'après eux, il n'en est pas de même pour la solidarité active.

(3) C'est de cette ressemblance avec l'obligation alternative que Fitting a déduit toute sa théorie de l'obligation solidaire. Pour lui, dans cette dernière espèce d'obligation, il y a aussi alternative, mais portant sur le sujet, au lieu de porter sur l'objet. De même que dans l'obligation alternative, l'objet unique de l'obligation est celle des prestations qui est choisie par le débiteur ou, exceptionnellement, par le créancier, de même, au cas de solidarité passive, celui-là seul est débiteur qui est choisi par le créancier. *Die Natur der correalobligationen* (1859). — V. sur cette théorie, Machelard, *Textes sur la possession*, p. 162 s. ; Kuntze, *Excurse über R. Racht,* 1880, p. 529 s. — V. aussi Demolombe, XXVI, n. 119 *in fine.*

munauté d'intérêts. Les jurisconsultes romains, sans doute, prévoyaient les cas où un rapport de cette nature existerait entre les créanciers ou les débiteurs, et ils décidaient que ce rapport devait exercer une certaine influence sur les effets de la solidarité. Mais ils n'en présumaient pas l'existence [1].

1120. La solidarité, soit active, soit passive, constitue une dérogation à la situation ordinaire des divers créanciers ou des divers débiteurs d'une même obligation. Elle présente donc le caractère d'exception. D'où cette conséquence qu'elle ne peut pas résulter d'une convention tacite. Il faut que *le titre* l'établisse *expressément,* dit le législateur en parlant de la solidarité active. Art. **1197** [2]. Et, de même, à propos de la solidarité passive, il dispose en ces termes : « *La solidarité* » *ne se présume pas ; il faut qu'elle soit expressément stipu-* » *lée* ». Art. **1202**, al. 1er. Cette disposition est d'autant plus conforme aux principes que la solidarité passive aggrave toujours la dette et que la solidarité active peut avoir le même effet.

En exigeant, d'ailleurs, que la solidarité soit *expressément* stipulée, la loi ne veut pas dire que le mot *solidarité* doit être nécessairement employé, car notre droit ne prescrit en aucun cas l'emploi de termes sacramentels. Mais, à défaut du mot *solidarité,* on ne doit admettre comme équivalentes que des expressions qui rendent certainement la même idée [3].

1121. La solidarité ne se présumant pas, il faut décider que, lorsque, dans un contrat synallagmatique, plusieurs personnes jouent le même rôle, la solidarité stipulée pour leurs droits ne s'applique pas à leurs obligations, et que, réciproquement, celle stipulée pour leurs obligations ne s'applique pas à leurs droits.

En conséquence, lorsque deux personnes vendent solidairement, cette stipulation les rend solidaires pour toutes les

(1) V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 553, p. 157; Saleilles, *op. cit.*, n. 127, p. 122.

(2) Le législateur prend certainement ici le mot *titre* dans le sens d'acte juridique, et non pas dans le sens d'écrit.

(3) Duranton, XI, n. 168; Rodière, *op. cit.*, n. 4; Demolombe, XXVI, n. 135; Laurent, XVII, n. 256.

obligations qui leur incombent en leur qualité de vendeurs, mais elle ne les rend pas créanciers solidaires du prix ([1]). Si, au contraire, il avait été convenu que l'une ou l'autre pourrait demander la totalité du prix conformément aux règles qui gouvernent la solidarité, cette clause n'aurait pas pour effet de les rendre débiteurs solidaires de la délivrance et de la garantie ([2]).

1122. Mais il existe une importante différence entre la solidarité active et la solidarité passive : celle-ci peut résulter non seulement d'une convention ou d'un acte de dernière volonté, mais encore d'une disposition légale. En effet, après avoir déclaré qu'elle doit être expressément stipulée, l'art. 1202 ajoute dans son second alinéa : « *Cette règle ne cesse que dans le cas* » *où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposi-* » *tion de la loi* ». Il en est autrement pour la solidarité active, car, en ce qui la concerne, le législateur se borne à dire, dans l'art. 1197 : « *L'obligation est solidaire entre plusieurs créan-* » *ciers lorsque le TITRE donne expressément à chacun d'eux* » *le droit de demander le paiement du total de la créance...* » La solidarité active peut donc être conventionnelle ou testamentaire, mais elle n'est jamais légale.

La raison de cette différence, c'est qu'il convenait d'admettre la solidarité légale entre débiteurs, soit par interprétation de la volonté des parties, soit pour des considérations d'ordre public, c'est-à-dire en vue de protéger certains intérêts, et que ces bases faisaient défaut pour la solidarité entre créanciers.

1123. Le législateur, quand il veut indiquer la source de la solidarité active, parle exclusivement, comme nous venons de le voir, du *titre*, terme vague qui ne s'applique pas nécessairement à un acte de dernière volonté. De même, quand il veut indiquer d'où résulte la solidarité passive, il dit qu'elle peut être *stipulée* ou établie par une *disposition légale*. Or, aucune de ces expressions ne vise le testament. Néanmoins, il n'est pas douteux qu'on puisse soit charger solidairement

([1]) Rodière, *op. cit.*, n. 5; Larombière, III, p. 366 (art. 1197, n. 18, al. 3 s.); Demolombe, XXVI, n. 138; Laurent, XVII, n. 256. — Cpr. Duranton, XI, n. 169.
([2]) Cpr. Huc, VII, n. 301.

d'un legs ou d'une prestation quelconque plusieurs héritiers ou plusieurs légataires, soit laisser un seul legs à plusieurs personnes solidairement. La terminologie indiquée plus haut s'explique tout naturellement par cette considération que le Code pose les règles de la solidarité au titre des *Contrats ou obligations conventionnelles.* Ainsi la solidarité, qu'elle soit active ou passive, peut être testamentaire [1].

1124. La solidarité n'équivaut point à l'indivisibilité. Sans doute, l'une et l'autre, comme on le verra, ont certains effets communs. Elles donnent, par exemple, toutes deux à chacun des créanciers le droit d'exiger l'exécution intégrale et mettent chacun des débiteurs dans la nécessité de payer toute la dette. Mais ces résultats ne sont pas, dans l'une et l'autre hypothèses, les conséquences du même principe. Une obligation solidaire n'est pas indivisible. Aussi, en supposant le décès de l'un des créanciers ou des débiteurs, elle se divise activement ou passivement, nonobstant la solidarité, si le défunt laisse plusieurs héritiers. En conséquence, les actes accomplis relativement à l'obligation par l'un des représentants du créancier ou du débiteur décédé n'auront pas la même portée que ceux émanant de l'un des créanciers ou des débiteurs primitifs. C'est un point que l'on comprendra mieux quand nous aurons étudié les effets de la solidarité et de l'indivisibilité.

§ II. *De la solidarité entre les créanciers.*

I. *Définition et caractères de la solidarité active.*

1125. La solidarité active suppose l'existence d'une obligation unique au profit de deux ou plusieurs personnes, avec cette particularité qu'en vertu du titre, le paiement du total de la créance peut être demandé et reçu par chacun des créanciers et que, fait à l'un d'entre eux, il est libératoire à l'égard de tous. On peut déduire cette définition de la dispo-

[1] Pothier, *Oblig.*, n. 259 et 269; Colmet de Santerre, V, n. 135 *bis*-I; Aubry et Rau, IV, p. 15 et 19; Demolombe, XXVI, n. 133 et 219-220; Larombière, III, p. 398 (art. 1202, n. 3; Laurent, XVII, n. 254 et 276; Thiry, III, n. 19 et 20; Huc, VII, n. 301 et 311.

sition de l'art. 1197, ainsi conçue : « *L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers.* »

Ainsi chacun des créanciers solidaires peut demander et recevoir le paiement du total de la créance. Mais ce n'est pas assez dire : il peut aussi faire tout ce qui est nécessaire pour le recouvrement de ce total. Toutefois, la solidarité active n'a plus aujourd'hui la portée qu'elle avait en droit romain. Dans notre législation, un créancier solidaire ne peut pas disposer de l'entière créance, mais seulement de sa part. Les jurisconsultes romains se prononçaient pour la solution contraire (1).

Indiquons aussi dès à présent que le Code civil présume l'existence d'une communauté d'intérêts entre les créanciers solidaires A cet égard encore, il s'est écarté de la conception romaine (2).

Nous reviendrons sur ces divers points quand nous étudierons les effets de la solidarité active (3).

1126. On a déjà vu que cette solidarité, à la différence de la solidarité passive, n'est jamais légale et qu'elle ne peut résulter que d'une déclaration expresse. Mais elle peut être établie soit par une convention, soit par un testament (4).

1127. Pas plus en matière commerciale qu'en matière civile, la solidarité active ne peut exister si elle n'a pas été l'objet d'une stipulation expresse (5). Cependant, d'après quelques auteurs, les associés en nom collectif seraient des créanciers solidaires (6). Mais c'est là une erreur. Sans doute, lorsque la gestion n'a été attribuée à aucun des associés en particulier, elle appartient à tous, et, en conséquence, chacun d'eux peut demander pour le tout le paiement des créan-

(1) V. Accarias, *op. cit.*, n. 550; Girard, *op. cit.*, p. 726 *in fine* et 727.
(2) Accarias, *op. cit.*, n. 551, 552 et 553, surtout p. 157; Girard, *op. cit.*, p. 727.
(3) V. *infra*, n. 1130 s.
(4) V. *supra*, n. 1122-1123.
(5) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, III, n. 38, p. 34.
(6) Pont, *Sociétés*, II, n. 1414.

ces de la société. Mais, bien que cette situation ne soit pas sans analogie avec la solidarité active, il ne faut pas la confondre avec celle-ci. En pareil cas, en effet, lorsqu'un associé poursuit le recouvrement d'une créance sociale, il agit comme représentant de la société. Ainsi, il n'y a qu'un créancier, la société, et, du moment qu'il n'y a pas pluralité de créanciers, il ne saurait être question de solidarité active ([1]).

1128. On voit, par ce qui précède, qu'il faut se garder de confondre la situation d'un créancier solidaire avec celle de la personne qui a été désignée par un créancier à l'effet de recevoir le paiement pour lui. Cette personne, que le droit romain désigne par l'expression *adjectus solutionis gratia,* est simplement un mandataire investi du pouvoir que nous venons d'indiquer, et il en est ainsi soit dans ses rapports avec le créancier, soit dans ses rapports avec le débiteur. Il faut donc appliquer au tiers adjoint pour le paiement les règles qui gouvernent la condition des mandataires en général, notamment celles qui sont posées dans les art. 2003 s. ([2]).

1129. On ne conçoit guère qu'en pratique la solidarité active soit stipulée dans l'intérêt des créanciers. Pour que chacun d'entre eux ait le pouvoir de demander le paiement des parts des autres, il suffit qu'ils se donnent des mandats réciproques. D'ailleurs, ce procédé est bien préférable pour eux à la stipulation de solidarité active. Celle-ci présente des inconvénients qui n'existent pas au cas de mandat. Si l'un des créanciers se repent d'avoir admis cette solidarité, c'est vaine-

([1]) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, II, n. 295, p. 202.

([2]) Demolombe, XXVI, n. 141. — V. pour le droit romain, Accarias, II, n. 546, p. 135. — L'*adstipulator* du droit romain présente, d'ailleurs, beaucoup plus d'analogie avec le créancier solidaire que l'*adjectus solutionis gratia*. C'était un créancier accessoire. Il pouvait éteindre la créance aussi bien par l'acceptilation ou la *litis contestatio* que par la réception du paiement. En un mot, il était, au regard du débiteur, dans la même situation que le créancier principal. Toutefois, étant mandataire de ce dernier, il était responsable envers lui (Gaïus, III, §§ 112-114, 215-216). L'*adstipulatio* fit son apparition à l'époque des actions de la loi. Elle fut introduite à raison des complications qui naissaient de la règle *Nemo alieno nomine lege agere potest*. Dans le droit classique, elle servait uniquement à éluder l'interdiction de stipuler *post mortem creditoris* (Gaïus, III, § 117). Sous Justinien, il n'en est plus question. — V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 558, p. 166-168; Girard, *op. cit.*, p. 731-732.

ment qu'il manifesterait l'intention de la faire cesser. La stipulation de solidarité active est une des conditions du contrat. Comme toute autre convention, elle ne peut être rétractée que du consentement mutuel des parties. La solidarité subsistera donc alors même que l'un des créanciers n'a plus confiance dans les autres. Bien plus, le décès de l'un d'entre eux ne saurait y mettre fin. Elle passe aux héritiers, de sorte que chacun des survivants est exposé à ce que sa part soit payée à des personnes auxquelles il n'aurait point consenti à s'associer. Mais, si les créanciers, au lieu de recourir à la solidarité active, se sont constitués mandataires les uns des autres, ces dangers n'existent pas, car le mandat est révocable et prend nécessairement fin à la mort de l'une des parties.

La stipulation de solidarité active s'explique, au contraire, si, en fait, elle a été imposée par le débiteur : un individu se présente pour acheter, moyennant un prix unique, payable à une époque ultérieure, un immeuble appartenant à plusieurs personnes. Il veut ne pas avoir à diviser le paiement entre ses vendeurs. Il tient à pouvoir se libérer en versant tout le montant du prix entre les mains d'un seul, sauf à ce dernier à procéder avec les autres à un partage auquel l'acheteur entend demeurer étranger. Il est évident que, si chacun des vendeurs était constitué mandataire par les autres à l'effet de recouvrer leurs parts de créance, la situation ne serait pas la même pour l'acheteur que dans le cas de solidarité active. Le mandat pourrait être révoqué; il ne passerait pas aux héritiers. L'acheteur ne serait donc pas sûr de pouvoir se libérer pour le tout entre les mains d'un seul des vendeurs. Il en est autrement si ces derniers sont solidaires. C'est alors un droit pour l'acheteur de payer au créancier de son choix le total du prix; c'est là une condition du contrat, et, par suite, l'acheteur ne saurait se voir privé de cet avantage par la volonté ou par le décès de l'un de ses vendeurs.

Ainsi, en résumé, la solidarité active a sa raison d'être lorsqu'elle est exigée par le débiteur, mais on ne voit pas quel intérêt les créanciers pourraient avoir à la stipuler.

Toutefois, nous ne croyons point devoir poser en principe, avec M. Huc, que, dans l'esprit du législateur, la solidarité

active n'intéresse que le débiteur. Il faudrait, d'après le distingué magistrat, partir de cette idée quand il s'agit de déterminer les effets de la solidarité dont nous parlons, en d'autres termes faire de cette idée un principe d'interprétation (1). A notre avis, c'est aller trop loin. Si le législateur s'était placé à ce point de vue, on ne voit pas comment on pourrait expliquer la disposition qui attribue aux créanciers la faculté de prévenir le débiteur par des poursuites et de lui enlever ainsi le droit de payer à celui d'entre eux qu'il lui conviendrait de choisir. C'est ce que reconnaît M. Huc lui-même. Voici en quels termes : « Il est assez difficile de rendre compte de ce procédé qui consiste à enlever au débiteur un droit qu'il s'était réservé et qui forme toute l'utilité de la solidarité active. Les poursuites du créancier le plus diligent constituent, dit-on, une *prise de possession* de l'entière créance *et semblent équivaloir à la signification d'un transport ou d'une saisie-arrêt.* C'est de la pure fantaisie ; le créancier exerce le droit que lui donne son titre, droit qui est corrélatif du libre choix qui appartenait au débiteur et qui est arbitrairement supprimé » (2).

La présence de la solidarité active dans notre législation s'explique par une survivance du droit romain. Cette solidarité avait été introduite pour remédier à l'intransmissibilité des créances (3), et plus tard, elle permit d'obvier aux inconvénients de la règle *Nemo alieno nomine lege agere potest* (4).

Toujours est-il que, déjà, dans notre ancien droit, les auteurs constataient qu'elle manquait d'intérêt pratique. Pothier disait : « Cette solidité entre plusieurs créanciers est *d'un usage très rare parmi nous* » (5). Dans l'*Exposé des motifs,*

(1) « ... Il ne s'agit pas d'une solidarité stipulée en faveur des créanciers... Dans les cas de solidarité active, il s'agit d'une solidarité stipulée entre les créanciers, mais sur la demande du débiteur lui-même dans son intérêt personnel ». Huc, VII, n. 299, p. 399 *in fine.* — « Quand il s'agit de déterminer les effets de la solidarité active, *il faut partir de cette idée* qu'une telle solidarité n'intéresse en réalité que le débiteur ». Même auteur, VII, n. 302, p. 402.

(2) Huc, VII, n. 303, p. 404.

(3) V. Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains. L'ancien droit,* p. 696 *in fine;* Gaudemet, *Étude sur le transport des dettes à titre particulier,* p. 37, texte et note 2.

(4) Girard, *op. cit.*, p. 725.

(5) *Oblig.*, n. 259, al. 1 *in fine* (édit. Dupin, I, p. 127). — Bourjon, qui consacre à

Bigot-Préaméneu fait implicitement la même constatation que Pothier, car il dit : « L'espèce de solidarité la plus ordinaire est celle de plusieurs codébiteurs envers leur créancier commun » (1). Et le tribun Mouricault déclare nettement que la stipulation de solidarité entre créanciers est un « cas *extrêmement* rare » (2). Si le législateur de 1804 s'est occupé de la solidarité active, c'est uniquement parce qu'elle était comprise dans la théorie traditionnelle et qu'il a trouvé symétrique de réglementer la solidarité à la fois au point de vue actif et au point de vue passif.

C'est sans doute à raison de ce défaut d'intérêt pratique que le Code civil japonais n'a pas réglementé la solidarité entre créanciers. Le Code civil allemand, au contraire, consacre à cette solidarité plusieurs dispositions (3). Et peut-être n'est-ce pas aussi inutile qu'on est tenté de le penser tout d'abord. Ne peut-on pas se demander, en effet, si, à raison du sens dans lequel s'opère l'évolution sociale, la solidarité active n'est pas destinée à recevoir certaines applications?

II. *Des effets de la solidarité active.*

1130. A Rome, les droits de chacun des créanciers solidaires étaient les mêmes que s'il avait été seul, à cela près toutefois que, cette situation étant également celle de ses cocréanciers, rien n'empêchait qu'il fût prévenu par eux dans l'exercice de ses droits. Il pouvait donc, non seulement demander le paiement du total de la créance, mais aussi libérer intégralement le débiteur par acceptilation, par novation ou par *litis contestatio* (4).

la solidarité passive des développements assez longs, ne traite pas de la solidarité active. De même Ferrière.

(1) Fenet, XIII, p. 250; Locré, XII, p. 349, n. 85.

(2) Fenet, XIII, p. 425 *in fine;* Locré, XII, p. 564, n. 33.

(3) Art. 428, 429 et 430.

(4) Peut-être même Justinien n'a-t-il pas aboli sur ce point l'effet extinctif de la *litis contestatio.* Girard, *op. cit.,* p. 727. — De même le serment judiciaire prêté par le débiteur sur la proposition de l'un des *correi stipulandi* faisait perdre la créance à tous les autres. Il faut en dire autant du pacte de constitut conclu entre le débiteur et l'un des créanciers solidaires. Accarias, *op. cit.*, II, n. 550, p. 146 *in fine* et p. 147. — *Quid* en matière de pacte *de non petendo,* de confusion

Quant au point de savoir si le montant du paiement reçu par un seul des créanciers solidaires devait être réparti entre tous, il fallait distinguer : si les créanciers étaient *socii*, c'est-à-dire s'il existait entre eux un rapport de société ou d'indivision, il y avait lieu à répartition. Il en était autrement si les créanciers n'étaient pas *socii*, à moins qu'en réalité un seul d'entre eux fût intéressé dans l'affaire, les autres lui ayant été simplement adjoints pour faciliter le paiement (1).

1131. Dans notre ancien droit aussi, chacun des créanciers solidaires pouvait, en règle générale, se comporter comme s'il avait été le seul maître de la créance. Il pouvait la nover ou faire remise de la dette, et cet acte de disposition avait effet à l'égard de ses cocréanciers, en ce sens que, même à leur égard, il libérait le débiteur. Mais, qu'il eût reçu le paiement ou qu'il eût consenti soit une novation, soit une remise de dette, un créancier solidaire était responsable envers ses cocréanciers de leurs parts respectives dans la créance. C'est une solution que nos vieux auteurs érigent en principe : « Lorsqu'un des créanciers d'une même dette peut seul et demander le tout et le recevoir, dit Domat, il peut aussi innover la dette et en faire une délégation ; car il pouvait acquitter le débiteur et donner même quittance sans rien recevoir. *Mais ce créancier doit rendre compte aux autres de ces changements* ». Et un peu plus loin : « L'usage que peut faire un des créanciers du droit de demander et de recevoir le tout, *ne peut nuire aux autres, et il doit leur rendre compte de la manière dont il aura usé de ce droit* » (2). Cela revient à dire que notre ancienne doctrine, à la différence des jurisconsultes romains, présumait, entre les créanciers solidaires, l'existence d'un intérêt commun.

1132. Sous l'empire du Code civil, chacun des créanciers solidaires, soit dans ses rapports avec les autres, soit même dans ses rapports avec le débiteur, n'est plus maître de sa

et de compensation ? — V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 552, p. 153-154; Girard, *op. cit.*, p. 727, texte et note 3.

(1) Accarias, *op. cit.*, II, n. 551, p. 149-152; Girard, II, p. 727.

(2) Domat, *Lois civ.*, 1re partie, liv. III, tit. III, sect. I, n. 4 et 6 (édit. Rémy, II, p. 76). — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 260-4° (édit. Dupin, I, p. 127 *in fine*).

créance que pour sa part; c'est donc seulement dans cette mesure qu'il peut en disposer. S'il a le droit de poursuivre le paiement de l'excédent et de prendre les mesures nécessaires pour assurer ce paiement, c'est parce que ses cocréanciers lui ont donné pouvoir à cet effet. Plusieurs passages des travaux préparatoires en font foi. Déjà ces paroles de Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs,* montrent la profonde différence qui existe entre le système romain et le système français actuel. Expliquant pourquoi un créancier solidaire n'a pas le droit de faire remise de la dette entière, Bigot-Préameneu dit : « On doit suivre l'intention présumée des parties ». Et, plus loin, après avoir prévu le cas où l'un des créanciers solidaires a reçu le paiement du total et a donné quittance, il ajoute : « C'est l'exécution directe et naturelle du contrat, et c'est à cet égard seulement que ces cocréanciers ont suivi sa foi » (1). De son côté, Favart, dans son rapport au Tribunat, s'exprime ainsi : « On a observé que, d'après l'art. 134 (art. 1234 C. civ.), la remise de la dette étant au nombre des moyens de libération, l'obligation du débiteur commun devait être éteinte par la remise qu'un des créanciers ferait de la dette totale, comme par le paiement intégral qu'il aurait reçu. La solidarité entre les créanciers, a-t-on ajouté, ne serait pas complète, si chaque moyen de libération n'était pas au pouvoir de chaque créancier. On a répondu à cette objection que l'intention des créanciers, lorsqu'ils conviennent entre eux de la solidarité, est bien que chacun d'eux puisse libérer le débiteur en recevant de lui toute la somme due, mais non pas qu'il puisse faire un acte de générosité aux dépens des autres, en remettant la dette pour les parts qui leur reviennent » (2). Et, un peu plus loin, parlant de la reconnaissance de dette, Favart dit encore : « Cette reconnaissance interrompt la prescription à l'égard des autres créanciers qui se trouvent *représentés* par celui au profit duquel le débiteur l'a faite » (3). Enfin la même idée a été formulée d'une façon particulièrement nette dans le discours prononcé par le tri-

(1) Fenet, XIII, p. 249; Locré, XII, n. 83, p. 348.
(2) Fenet, XIII, p. 329 *in fine;* Locré, XII, n. 68, p. 441 *in fine.*
(3) Fenet, XIII, p. 330; Locré, XII, p. 442, n. 69.

bun Mouricault devant le Corps législatif. On lit dans ce discours : « ... En y réfléchissant mieux, on reconnaît que *la solidarité ne s'établit véritablement entre les créanciers que pour autoriser chacun d'eux à faire au besoin l'affaire de tous et pour les établir à cet effet mandataires réciproques :* il en faut conclure que la remise étant un acte étranger à l'intérêt commun, un acte de bienfaisance personnel à celui qui le veut exercer, c'est un acte absolument *hors de la mission* de chacun » (1). Ainsi, pour ce qui excède sa part, un créancier solidaire ne peut recevoir le paiement que parce qu'il représente ses cocréanciers.

Précisons le système du droit français : chacun des créanciers solidaires représente les autres dans les poursuites qui tendent au paiement, comme aussi dans les actes qui ont pour effet de conserver la créance ou d'y attacher un nouvel avantage, sans toutefois porter atteinte à son existence. Il ne les représente pas dans les actes qui constituent des modes d'extinction autres que le paiement, par exemple dans la novation, alors même que la nouvelle créance serait meilleure que l'ancienne. Il ne faut donc pas dire, comme le font plusieurs auteurs, que l'un des créanciers solidaires doit être considéré comme mandataire des autres par cela seul que l'acte par lui accompli a pour résultat d'améliorer leur condition (2).

Nous plaçant à ce point de vue, nous pouvons définir ainsi la solidarité active : un lien de droit entre plusieurs créanciers d'une même obligation, en vertu duquel chacun d'eux représente les autres au regard du débiteur, soit dans les actes qui ont pour objet de recouvrer la créance, soit dans ceux qui la rendent plus sûre ou plus profitable, mais seulement dans les actes compris dans ces deux catégories (3).

A. *Des rapports des cocréanciers avec le débiteur.*

1133. L'effet essentiel et primordial de la solidarité active est de conférer à chacun des créanciers « le droit de demander

(1) Fenet, XIII, p. 426; Locré, XII, n. 33, p. 564 *in fine*.
(2) Cpr. Giorgi, *op. cit.*, I, n. 93, p. 110-111.
(3) Cpr. Giorgi, *op. cit.*, I, n. 85, p. 103.

le paiement du total de la créance » Art. 1197. Il s'ensuit que, si le titre est exécutoire, chacun des créanciers peut contraindre immédiatement le débiteur pour le tout, et que, si le titre n'a pas ce caractère, il peut assigner le débiteur en justice, afin d'obtenir, aussi pour le tout, condamnation contre lui.

Chacun des créanciers solidaires ayant le droit de poursuivre et de recevoir le paiement de l'entière créance, la quittance délivrée par lui est valable, pour le tout, à l'égard de ses cocréanciers ([1]).

1134. L'héritier d'un créancier solidaire peut, comme son auteur, exiger le paiement du total de la créance. Cette circonstance que celle-ci est transmise par succession ne saurait faire disparaître la solidarité.

Mais, si un créancier solidaire laisse plusieurs héritiers, chacun d'entre eux n'a droit au paiement que pour sa part héréditaire, la solidarité ne rendant pas la créance indivisible ([2]).

1135. Si, comme nous venons de l'expliquer, chacun des créanciers solidaires peut exiger le total de la créance, il n'est point tenu de le faire ; c'est pour lui un droit et non point une obligation. Rien ne s'oppose à ce qu'il reçoive, si bon lui semble, un paiement partiel. Il se peut fort bien qu'à raison des circonstances, il soit très prudent, de sa part, d'accepter un acompte, et nous ne voyons pas pourquoi on lui en refuserait le pouvoir. Chacun des créanciers solidaires se trouve, en ce qui regarde le paiement, dans la même situation que s'il était seul créancier ; il peut donc consentir à ce que l'exécution de l'obligation soit fractionnée. Il s'ensuit

([1]) Le C. civ. de la République Argentine dispose que, si la chose périt par la faute du débiteur ou après sa mise en demeure, le total des dommages-intérêts dus par lui pourra être demandé par chacun des créanciers. Art. 710-711. Cela va de soi. Si, en effet, dans notre hypothèse, la créance primitive est transformée en créance d'indemnité, ce n'est point une raison pour qu'elle cesse d'être solidaire ; il ne serait ni juridique ni équitable que la faute ou la demeure du débiteur pût lui faire perdre ce caractère.

([2]) Pothier, *Oblig.*, n. 324 (édit. Dupin, I, p. 177) ; Aubry et Rau, IV, p. 16 ; Larombière, III, p. 385 (art. 1199, n. 4) ; Demolombe, XXVI, n. 154 ; Laurent, XVII, n. 261. — V. *supra*, n. 1124.

que lorsqu'un paiement partiel a été reçu par l'un des créanciers solidaires, le débiteur peut l'opposer aux autres et exiger, en conséquence, que le montant de la demande formée par l'un de ces derniers soit réduit dans la mesure de ce paiement [1].

1136. Toutefois c'est dans leur intérêt commun que les créanciers solidaires ont consenti à ce que, relativement au paiement, chacun d'entre eux eût les mêmes droits qu'un créancier unique, et, par suite, lorsque l'un des créanciers solidaires reçoit un acompte, il doit en faire raison à chacun des autres proportionnellement à la part qui reviendrait à celui-ci dans le montant de l'entière créance. Il en est ainsi alors même que la quittance délivrée par le créancier à qui le paiement partiel est fait, porte qu'elle est donnée pour la part de ce créancier [2].

1137. Chacun des créanciers pouvant exiger le total de la créance, le débiteur a, de son côté, le droit d'offrir le paiement à celui des créanciers auquel il lui convient de s'adresser : « *Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux* ». Art. 1198, al. 1. Le créancier, à qui le paiement du total est offert, n'a pas le droit de le refuser, et le débiteur pourrait, le cas échéant, se libérer en lui faisant des offres réelles suivies de consignation.

Il va sans dire qu'il en serait autrement si le débiteur n'entendait payer au créancier par lui choisi qu'une part de la créance, car il n'est pas libre de dénaturer l'obligation en se soustrayant aux conséquences de la solidarité.

1138. Toutefois, c'est seulement « tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites » de l'un des créanciers solidaires que le débiteur jouit du droit d'option dont nous venons de parler. Ainsi chacun des créanciers peut lui enlever le bénéfice de ce droit en le poursuivant avant qu'il l'ait exercé. C'est là ce qu'on appelle le principe de prévention.

Certains auteurs ont critiqué cette disposition comme con-

[1] Rodière, *op. cit.*, n. 10; Demolombe, XXVI, n. 155.
[2] Larombière, III, p. 368 (art. 1197), n. 20; Demolombe, XXVI, n. 156-158.

sacrant une règle qui n'aurait plus raison d'être depuis que la *litis contestatio* a perdu son effet extinctif [1]. Cette critique n'est point fondée. Le droit que la loi reconnaît aux créanciers solidaires de demander à chacun le paiement du total leur appartient à tous également, et, par suite, il faut bien que celui qui exerce le premier des poursuites, ait un droit acquis à recevoir le paiement. Cela peut, d'ailleurs, présenter pour lui un grand intérêt. Sans doute, si le paiement total était fait à l'un de ses cocréanciers, il aurait un recours contre celui-ci pour obtenir sa part dans la créance, mais il se pourrait que ce cocréancier fût insolvable, et, dans ce cas, le recours serait illusoire [2].

Le Code civil allemand maintient, au contraire, au débiteur qui est poursuivi par l'un des créanciers solidaires, le droit de payer entre les mains d'un autre. Il le déclare expressément [3]. Les auteurs de ce code, sans doute, ont voulu que le bénéfice de la créance ne devînt pas le prix de la course [4]. Cette décision cadrerait parfaitement avec l'idée que la solidarité active est instituée dans l'intérêt du débiteur.

1139. Le principe posé par l'art. 1198, en ce qui concerne le droit de prévention, est absolu. Il faudrait donc l'appliquer même dans le cas où le créancier qui réclame le paiement après que des poursuites ont été commencées par un autre, est porteur du titre de l'obligation [5].

1140. Ainsi le débiteur prévenu par les poursuites d'un des créanciers ne peut pas payer à un autre le total de la créance ; mais peut-il, du moins, lui payer une part de celle-ci ? Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Une pareille faculté serait inconciliable avec la notion même de solidarité. Chacun des créanciers solidaires a le droit d'exiger le paiement du tout. Ce droit ne serait pas effectif, si le débiteur

(1) Massé, *Dr. com.* (3e édit., 1874), III, p. 456, n. 1922; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 350, note 3.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 129 *bis*, al. 2; Demolombe, XXVI, n. 159; Laurent, XVII, n. 259, p. 266. — Cpr. Huc, VII, n. 303, p. 403.

(3) Art. 428.

(4) V. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation...*, n. 117, p. 109-111.

(5) Laurent, XVII, p. 259 *in fine*, p. 266 *in fine*. — *Contra* Massé, *op. cit.*, III, p. 457, n. 1922.

était admis, nonobstant les poursuites, à se libérer partiellement entre les mains d'un autre créancier. On a objecté que les créanciers solidaires sont présumés avoir chacun le même intérêt dans la créance et que le montant de celle-ci est partageable entre eux par égales portions; que, par suite, le créancier poursuivant n'est pas fondé à critiquer le paiement partiel fait à l'un de ses cocréanciers, s'il n'établit pas que, contrairement à la présomption légale, il a droit au total de la créance ou au moins à une part qui a été entamée par le paiement partiel (1). Cette objection ne porte pas. Le débiteur n'a pas à s'immiscer dans les rapports des créanciers entre eux. La répartition à laquelle ils pourront avoir à procéder après que la créance aura été payée lui est absolument étrangère. L'existence même de la solidarité active lui interdit de s'en prévaloir. L'effet essentiel de celle-ci est que chacun des créanciers, dans ses rapports avec le débiteur, se trouve, du moins au point de vue du paiement, avoir les mêmes droits que s'il était seul. Au surplus, si, au cas de poursuites exercées par l'un des créanciers solidaires, on ne refusait pas au débiteur le droit de payer leurs parts aux cocréanciers, on devrait également et à plus forte raison lui reconnaître celui d'offrir à chacun des créanciers solidaires le montant de sa part. Mais ne serait-ce pas anéantir la solidarité (2)?

1141. On s'est demandé en quoi doivent consister les poursuites pour que le débiteur cesse de pouvoir choisir entre les créanciers. L'expression *poursuites* est prise par l'art. **1198** dans un sens large. Elle désigne tout acte judiciaire ou extrajudiciaire par lequel un des créanciers fait le premier savoir au débiteur qu'il entend recevoir le paiement du total; peu importe donc qu'il s'agisse d'un acte constituant ou non une mesure d'exécution forcée. Ainsi le débiteur est *prévenu* non seulement par une assignation en justice, une saisie ou un commandement, mais aussi par une simple sommation de payer. Nous croyons même qu'il faut assimiler ici à ces actes une citation en conciliation, sans qu'il soit nécessaire, d'ail-

(1) Rodière, *op. cit.*, n. 15; Larombière, III, p. 373 (art. 1198, n. 6, al. 2); Huc, VII, n. 303 *in fine*, p. 405.

(2) Demolombe, XXVI, n. 166; Laurent, XVII, n. 260.

leurs, qu'elle ait été suivie d'un ajournement dans le délai d'un mois conformément à l'art. 57 C. pr. civ. (1). Le but même que se propose le créancier qui prend l'initiative de la demande justifie cette interprétation du mot *poursuites*. Ce créancier entend, non point faire saisir ou faire condamner le débiteur, mais bien l'informer de la volonté qu'il a de recevoir le paiement du total. Pour atteindre ce but, il lui suffit d'adresser au débiteur une sommation ou une citation en conciliation (2).

1142. Lorsque la créance est à terme ou sous condition, la poursuite n'est régulière que si elle est formée après l'expiration du délai ou la réalisation de l'événement prévu. Formée avant, elle ne ferait pas obstacle à ce que le débiteur eût le droit, une fois le terme échu ou la condition accomplie, de payer à un créancier autre que l'auteur de la poursuite (3). Le débiteur pourrait même payer avant l'échéance au créancier de son choix, s'il lui convenait de renoncer au bénéfice du terme (4).

1143. On peut supposer que tous les créanciers se sont réunis dans une poursuite commune. Dans ce cas, il n'est pas vrai de dire que le débiteur a été prévenu par la poursuite de l'un d'entre eux. Il conserve donc le droit de payer le total à celui des créanciers qu'il lui conviendra de choisir. Mais, bien que ces derniers figurent tous dans la demande, le débiteur ne pourrait ni contraindre l'un d'entre eux à recevoir le paiement de sa part, ni être contraint par l'un d'entre eux à lui faire ce paiement. En un mot, la situation est la même que si aucune poursuite n'avait été exercée (5).

1144. Mais voici que les créanciers solidaires intentent le

(1) Larombière, III, p. 371 (art. 1198, n. 2); Demolombe, XXVI, n. 164; Huc, VII, n. 303, al. 4 et 5. — V. aussi Duranton, XI, n. 173.

(2) Demolombe, *loc. cit.* — Le législateur italien, modifiant sur ce point la disposition de notre art. 1198, a substitué à l'expression *poursuites* les mots *demande judiciaire*, art. 1185. — V. Giorgi, *op. cit.*; I, n. 99.

(3) Duranton, XI, n. 173, dern. al.; Larombière, III, p. 373 (art. 1198, n. 5); Demolombe, XXVI, n. 162; Huc, VII, n. 303, al. 4.

(4) Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXVI, n. 163.

(5) Larombière, III, p. 372 (art. 1198 n. 3); Demolombe, XXVI, n. 160; Huc, VII, n. 303 *in fine*, p. 405.

même jour des poursuites séparées : le débiteur perd-il son droit d'option? Oui, si chacun des actes précisant l'heure de sa signification, l'antériorité de l'une des poursuites se trouve établie. Non, dans le cas contraire, car on ne saurait dire alors que le débiteur a été prévenu par la poursuite de l'un des créanciers, sauf, cependant, à celui d'entre eux qui a été le plus diligent à prouver l'antériorité de l'acte signifié à sa requête et la mauvaise foi du débiteur [1].

1145. Ainsi le paiement que le débiteur fait à l'un des créanciers solidaires, alors, du moins, qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites d'un autre, peut être opposé aux cocréanciers. Or, la compensation n'est qu'un paiement fictif et abrégé. Il s'ensuit, d'après nous, qu'elle éteint l'obligation comme le ferait le paiement lui-même. Il ne faut donc pas dire qu'elle ne peut avoir lieu que pour la part du créancier devenu débiteur du débiteur commun. La question est controversée. Avant de la discuter, nous devons la préciser. Pour qu'elle se pose, il faut, bien entendu, d'une part, que les conditions requises pour la compensation légale se trouvent réunies, et, d'autre part, qu'au moment où la compensation s'est opérée du chef de l'un des créanciers solidaires, le débiteur ne fût pas déjà poursuivi par un autre. En effet, pas plus que le paiement, la compensation ne saurait avoir lieu au préjudice des droits acquis à des tiers Arg. art. **1198**, al. 1er. Si donc le débiteur a été prévenu par les poursuites d'un autre créancier, il doit certainement payer à celui-ci, sauf à lui à demander au créancier qui est devenu son débiteur le paiement de sa propre créance. Tels sont les termes dans lesquels la question doit être présentée. Or, nous ne voyons pas pourquoi la compensation n'aurait pas pour effet, tout aussi bien que le paiement réel, d'éteindre l'obligation à l'égard de tous les créanciers solidaires. Elle ne constitue, il est vrai, qu'un paiement fictif; mais, qu'importe! Aux termes de l'art. **1290**, elle « s'opère, *de plein droit, par la seule force de la loi,* même à l'insu des débiteurs... » Comment admettre, dans ces conditions, qu'au

[1] Larombière, III, p. 372 (art. 1198, n. 4); Demolombe, XXVI, n. 161.

point de vue de l'extinction de la créance, elle n'agisse pas aussi énergiquement que le paiement proprement dit? Quand le débiteur a été prévenu par les poursuites de l'un des créanciers, il ne saurait payer valablement à un autre : peut-on ne pas reconnaître à la compensation, qui a lieu de plein droit, le même effet qu'à ces poursuites? On est d'accord, d'ailleurs, pour décider que, si la demande est formée par le créancier du chef duquel la compensation s'est produite, il y a extinction de la dette au regard de tous les autres, si le débiteur se prévaut de la compensation. Mais il ne faut pas oublier que celle-ci a lieu de plein droit et qu'elle produit, par conséquent, son effet avant même d'être opposée.

On objecte la disposition de l'al. 3 de l'art. 1294, aux termes duquel : « Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur ». Mais cette disposition, qui vise exclusivement la solidarité passive, est exceptionnelle. On ne saurait donc l'étendre par analogie, d'autant plus que, nous le verrons, il est très difficile de la justifier (1).

M. Laurent formule une autre objection : Si chacun des créanciers solidaires peut demander le paiement du total de la créance et si le débiteur a le droit de payer au créancier de son choix, c'est parce que le paiement fait à l'un profite à tous. Or cela n'est vrai que du paiement réel, c'est-à-dire du paiement fait en espèces ou valeurs qui restent aux mains de celui qui les a reçues. Voilà qui exclut la compensation, car celle-ci n'offre pas aux cocréanciers les mêmes avantages que le paiement proprement dit. Si le créancier du chef duquel la compensation s'est opérée devient insolvable, les droits des autres périssent. En cas de paiement, au contraire, les cocréanciers peuvent prendre des mesures conservatoires, notamment faire procéder immédiatement à des saisies (2).

(1) *Sic* Duranton, XI, n. 178; Toullier, VI, n. 752; Rodière, *op. cit.*, n. 16; Colmet de Santerre, V, n. 130 *bis*-IV; Aubry et Rau, IV, p. 17; Larombière, III, p. 374 (art. 1198, n. 8); Demolombe, XXVI, n. 192 et 193; Arntz, III, n. 119, p. 65; Huc, VII, n. 305. — *Contra* Marcadé, IV, n. 598; Massé, *op. cit.*, III, p. 462, n. 1931; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, § 527, p. 351, note 7; Laurent, XVII, n. 268; Thiry, III, n. 21, p. 26. — V. aussi dans ce dernier sens, Giorgi, *op. cit.*, I, n. 114.

(2) Laurent, XVII, n. 268, p. 274 *in fine*.

Il est possible, en effet, que la compensation soit contraire aux intérêts des autres créanciers solidaires. L'insolvabilité du créancier dont la dette est compensée aura pour effet de rendre leur recours inefficace, au moins en partie. Mais est-ce une raison pour écarter la compensation? Sans doute, l'insolvabilité du créancier solidaire qui a reçu le paiement réel causera, en général, moins de préjudice aux autres que celle du créancier du chef duquel la compensation s'est opérée; mais il n'en est pas moins vrai qu'elle pourra, elle aussi, entraîner la perte de leurs droits, au moins leur perte partielle. « La solidarité, fait observer M. Laurent, ne doit et ne peut produire que des effets avantageux à tous les créanciers ». Il faut, d'après le célèbre auteur, appliquer rigoureusement cette idée. Mais, à ce compte, lorsque le paiement aura été reçu par un créancier solidaire insolvable, il ne pourra pas être opposé à ses cocréanciers, sans quoi la solidarité produirait, quant à ces derniers, un effet préjudiciable. Or, cette conséquence est écartée par l'art. 1197, ce texte déclarant, sans distinction, que le paiement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur, par conséquent le libère à l'égard de tous les créanciers. Mais, si l'insolvabilité possible de l'un des créanciers solidaires n'est pas prise en considération pour le paiement, il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement en ce qui concerne la compensation.

On ne saurait, évidemment, soutenir que lorsque le débiteur devient créancier de l'un des créanciers solidaires, il cesse de pouvoir payer à celui-ci. Cela posé, si, comme on le prétend, il n'a le droit de payer que par la numération des espèces, il sera simplement dans la nécessité, pour se libérer, de compter les deniers au créancier, son débiteur, sauf à les reprendre aussitôt pour avoir paiement de sa propre créance. Ainsi, l'opinion que nous repoussons aboutit, en définitive, à une exigence puérile.

Cependant, elle a été adoptée par la cour de Poitiers, dans un arrêt du 27 février 1899, la seule décision qui ait été rendue sur la question [1].

[1] *Pand. franç.*, 99. 2. 137 (note).

1146. Le débiteur peut, d'ailleurs, opposer à l'un des créanciers, du chef d'un autre, aussi bien la compensation partielle que la compensation totale. Par l'effet de la première, les deux dettes s'éteignent réciproquement « jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives ». Art. 1290. Il s'ensuit que, dans notre hypothèse, la compensation équivaudra à un paiement partiel de la créance solidaire. Mais peu importe ! Si, au point de vue du paiement, chacun des créanciers solidaires est dans la même situation que s'il était seul créancier, il ne saurait être dans une meilleure situation. Or, bien qu'aux termes de l'art. 1244, le créancier unique ne soit pas tenu de « recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible », il subit nécessairement, en vertu de l'art. 1290, la compensation partielle (1).

1147. Le pouvoir que chacun des créanciers solidaires a reçu des autres, étant celui de recouvrer la créance, comprend certainement les actes conservatoires. C'est ce que dit fort bien Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs* : « Quant à tous les actes conservatoires, celui qui peut recevoir le paiement entier de la dette peut, *par la même raison*, faire les actes propres à la conserver » (2). Le législateur fait une application de ce principe à l'interruption de prescription : « *Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires,* dit l'art. 1199, *profite aux autres créanciers* » (3).

Cet effet de la solidarité active est donc une conséquence du mandat tacite que les créanciers se donnent réciproquement (4).

Du moment que la loi ne distingue pas, l'art. 1199 est applicable, quel que soit l'acte d'où résulte l'interruption de prescription. Que cet acte soit une citation en justice, un commandement ou une saisie, ou qu'il consiste dans la reconnaissance de l'obligation par le débiteur (5), il profite aux

(1) Cpr. Rodière, *loc. cit.;* Demolombe, XXVI, n. 194.

(2) Fenet, XIII, p. 249; Locré, XII, p. 348, n. 84.

(3) L. 5, C. *De duobus reis,* VIII, 40; Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. III, tit. III, sect. II, n. 5 (édit. Rémy, II, p. 76); Pothier, *Oblig.*, n. 260 (édit. Dupin, I, p. 127).

(4) Saleilles, *op. cit.*, p. 115, n. 120.

(5) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet et Locré, *loc. cit.*; Favart, *Rapport au Tribunat,* Fenet, XIII, p. 330; Locré, XII.

cocréanciers. Pourquoi, d'ailleurs, la loi aurait-elle distingué? ([1])

Il faut admettre par analogie que la renonciation par le débiteur à la prescription acquise devrait avoir effet, non seulement au regard du créancier qui l'aurait obtenue, mais aussi à l'égard des autres. Les motifs de décider sont les mêmes ([2]).

1148. Lorsque l'un des créanciers solidaires meurt, laissant plusieurs héritiers, la créance se divise entre ces derniers. Telle est la conséquence nécessaire de ce principe que la solidarité n'entraîne pas l'indivisibilité. Il s'ensuit que chacun des héritiers ne peut interrompre la prescription que pour sa part dans la créance. L'interruption par lui faite ne profitera donc pas à ses cohéritiers, mais, dans la mesure de sa part, elle aura effet à l'égard des autres créanciers. Cette solution, il est vrai, n'est pas formulée par la loi en ce qui concerne la solidarité active. Mais elle est consacrée par l'art. 2249, al. 2, quant à la solidarité passive, et elle doit être étendue à la solidarité entre créanciers, car il y a même raison de décider ([3]).

1149. Faut-il assimiler la suspension de prescription à l'interruption et dire, en conséquence, qu'elle profite non seulement au créancier en la personne duquel existe la cause de suspension, mais encore aux autres? La question est discutée, mais la négative nous paraît préférable. L'interruption de prescription et la suspension diffèrent essentiellement l'une de l'autre. La première suppose un acte constatant l'existence du droit qui est en voie d'être prescrit. Or, au cas de solidarité active, quel est le droit dont l'existence est constatée par l'acte interruptif? C'est celui de demander au débiteur le total de la créance, et non pas simplement la part de l'auteur de l'interruption. Il est donc normal que celle-ci ait effet à l'égard de tous les créanciers.

Tout autre est la nature de la suspension. Elle constitue

([1]) Larombière, III, p. 383 (art. 1199, n. 1); Demolombe, XXVI, n. 167.

([2]) Larombière, III, p. 383 (art. 1199, n. 2); Demolombe, XXVI, n. 169.

([3]) Delvincourt, II, p. 500; Duranton, XI, n. 180; Aubry et Rau, IV, p. 16, note 6; Larombière, III, p. 385 (art. 1199, n. 4); Laurent, XVII, n. 263, al. 2; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, n. 564, *in fine*.

une faveur faite par la loi à certaines personnes déterminées par elle, telles que les mineurs et les interdits, et s'explique par des raisons qui leur sont particulières. Elle est donc essentiellement individuelle comme les causes qui l'ont fait établir. Destinée à sauvegarder les intérêts des personnes visées par la loi, elle ne doit avoir effet que dans la mesure nécessaire pour atteindre ce but. Si donc nous supposons que l'un des créanciers solidaires est mineur ou interdit, elle n'arrêtera le cours de la prescription que pour la part de ce créancier, et, bien entendu, ce sera exclusivement dans l'intérêt de celui-ci que cette part sera conservée. L'autre système a pour résultat d'étendre une faveur à des personnes auxquelles le législateur n'a pas entendu l'accorder. Or cela est inadmissible.

On prétend que « la nature du lien », au cas de solidarité, doit, comme « la nature de la chose », au cas d'indivisibilité, avoir cette conséquence que la suspension de prescription profite aux cocréanciers. Le rapprochement n'a pas raison d'être. Autre chose est l'indivisibilité, et autre chose la solidarité. Une solution peut donc être vraie pour la première, sans l'être aussi pour la seconde. *Adde* arg. des art. 710, 2249, al. 2, et 2251.

On objecte encore que si le créancier mineur ou interdit n'est plus admis à poursuivre le débiteur pour le tout, son droit aura été amoindri par la prescription. Cette proposition est inexacte. Si le créancier au profit duquel la prescription est suspendue ne peut plus demander que sa part, il n'est plus tenu de partager avec ses cocréanciers le paiement qu'il recevra. Il se trouve, par conséquent, en ce qui concerne son intérêt personnel, dans la même situation que si la suspension avait sauvegardé la solidarité, car, s'il en avait été ainsi, il n'aurait obtenu, en définitive, que sa part de créance. En suspendant la prescription au profit de certaines personnes, le législateur a voulu prévenir la diminution de leurs patrimoines. Notre théorie n'empêche point que la suspension atteigne ce but [1].

[1] *Sic* Marcadé, IV, n. 599; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 352, § 527, n. 13; Colmet de Santerre, V, n. 131 *bis*-II; Rodière, *op. cit.*, n. 27; Leroux de

1150. La demande formée par l'un des créanciers solidaires fait courir les intérêts au profit de tous. La loi a résolu expressément la question en ce qui concerne la solidarité passive. Art. **1207.** Elle dispose que la demande fait courir les intérêts à l'égard de tous les débiteurs. Au cas de solidarité active, il faut admettre la solution correspondante. La demande fait donc courir les intérêts à l'égard de tous les créanciers. Chacun de ces derniers a le droit de demander le total de la créance. Il s'ensuit que c'est ce total qui doit, par l'effet de la demande, produire des intérêts, et, par conséquent, à ce point de vue également, tous les créanciers bénéficient de l'acte fait par l'un d'entre eux (1).

Si l'un des créanciers solidaires stipule du débiteur que la créance produira des intérêts, cette convention profite à ses cocréanciers, car, dans cette matière, la convention doit avoir le même effet que la demande. Arg. art. **1139** et **1154** (2).

1151. La convention par laquelle l'un des créanciers stipule du débiteur une garantie, notamment une hypothèque ou une caution, peut, elle aussi, être invoquée par les autres. C'est qu'en effet, cette sûreté a pour but de faire obtenir le paiement, et, par conséquent, le créancier qui la stipule a reçu implicitement des autres pouvoir à cet effet (3).

1152. Le pouvoir que se donnent réciproquement les créanciers solidaires est essentiellement limité. Cette proposition nous explique en premier lieu la disposition du second alinéa de l'art. **1198**, ainsi conçu : « *Néanmoins la remise qui » n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libère » le débiteur que pour la part de ce créancier* » (4). Lorsque

Bretagne, *Prescription*, n. 612-613; Aubry et Rau, IV, p. 18, texte et note 11; Laurent, XVII, n. 264; Arntz, III, n. 119 *bis*, p. 66; Thiry, III, n. 21, p. 26; Huc, VII, n. 307; Planiol, II, n. 762 *in fine*. — *Contra* Duranton, XI, n. 180; Larombière, III, p. 383 (art. 1199, n. 3 ; Demolombe, XXVI, n. 171. — Le C. civ. ital. consacre la première de ces opinions. Art. 2122.

(1) Colmet de Santerre, V, n. 131 *bis*-I; Larombière, III, p. 376 (art. 1198, n. 9); Demolombe, XXVI, n. 172; Laurent, XVII, n. 262; Huc, VII, n. 307, p. 410; Planiol, II, n. 762.

(2) Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXVI, n. 173; Giorgi, *op. cit.*, I, n. 109.

(3) Larombière, III, p. 379 (art. 1198, n. 14, al. 2); Demolombe, XXVI, n. 174; Giorgi, *loc. cit.*

(4) V. *supra*, n. 1132.

plusieurs créanciers stipulent qu'ils seront solidaires, le but même qu'ils poursuivent montre bien qu'ils n'entendent point s'autoriser les uns les autres à disposer de la créance à titre gratuit [1]. Déciderait-on avec M. Huc que la solidarité active doit être toujours considérée comme stipulée dans l'intérêt du débiteur, il n'en serait pas moins facile de justifier la disposition de l'art. 1198, al. 2, car, pour que cet intérêt apparaisse, il suffit que la solidarité active procure au débiteur l'avantage de pouvoir se libérer en payant le total au créancier de son choix.

1153. La disposition de l'art. 1365, al. 2, n'est que le corollaire de celle qui précède. En voici les termes : « *Néanmoins* » *le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débi-* » *teur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier* ». Ici, en effet, il s'agit d'une remise conditionnelle de la dette. Le créancier qui défère le serment, consent à ne pas être payé si celui-ci est prêté. Le législateur a donc eu raison d'assimiler la délation de serment à la remise de la dette [2].

1154. Un créancier solidaire ne peut faire abandon d'une sûreté, par exemple d'une hypothèque ou d'une caution, que pour sa part. La loi est muette sur la question; mais il ne faut pas hésiter à se prononcer en ce sens. Dira-t-on que l'acte dont nous parlons maintenant ne saurait être confondu avec la remise de la dette? Sans doute, mais il est de nature à compromettre le paiement, et, dans beaucoup de cas, il équivaut à cette remise [3].

C'est seulement aussi pour sa part qu'un créancier solidaire est admis à proroger un terme. Payer plus tard, c'est payer moins, et, par conséquent, cette prorogation s'analyse en une remise partielle de la dette [4].

(1) V. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 248 *in fine;* Locré, XII, n. 83, p. 347 *in fine;* Favard, *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 329 *in fine;* Locré, XII, n. 68, p. 441 *in fine;* Mouricault, *Discours devant le Corps législatif*, Fenet, XIII, p. 426; Locré, XII, n. 33, p. 564 *in fine.*

(2) V. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 310; Locré, XII, n. 228, p. 415; Mouricault, *Discours devant le Corps législatif*, Fenet, XIII, p. 448; Locré, XII, n. 56, p. 589 *in fine.*

(3) Demolombe, XXVI, n. 188.

(4) Demolombe, *loc. cit.*

1155. Le même principe conduit à décider que si l'un des créanciers consent à une dation en paiement, elle n'éteint l'obligation que pour sa part. Les créanciers solidaires se donnent exclusivement pouvoir de demander et de recevoir le paiement du total et de faire les actes conservatoires de la créance. Or la dation en paiement ne saurait être confondue avec le paiement proprement dit. Un créancier n'est point tenu de recevoir une chose autre que l'objet de l'obligation. Arg. art. **1243**. Rien ne permet de penser que les créanciers solidaires ont renoncé au droit d'invoquer ce principe (1).

Toutefois, si les créanciers pouvaient obtenir, de celui qui a reçu la chose en paiement, leurs parts dans l'objet de l'obligation, ils ne seraient pas admis à critiquer l'opération, car ils n'auraient pas d'intérêt à le faire. Supposons deux créanciers solidaires, ayant des intérêts égaux. La créance est de 50.000 fr. L'un des créanciers consent à ce que le débiteur se libère en lui donnant un tableau à la place de cette somme. S'il offre de rembourser à son cocréancier la moitié du montant de la créance, soit la somme de 25.000 fr., celui-ci ne peut rien réclamer au débiteur (2).

1156. Si l'un des créanciers solidaires fait novation en changeant la personne du débiteur ou la chose due, l'obligation ne sera éteinte que pour la part de ce créancier (3). Les autres pourront donc poursuivre le paiement de la créance, déduction faite de cette part. La novation n'est qu'une sorte de dation en paiement. Il est donc logique de donner, en ce qui la concerne, la même solution que pour la question précédente.

Ici, au surplus, cette solution se justifie d'autant plus facilement que, lorsque la novation entraîne la perte de sûretés qui garantissaient le paiement de l'ancienne obligation, elle peut équivaloir, au point de vue pratique, à une véritable remise de dette (4).

(1) Huc, VII, n. 304, p. 405. — V. cep. Duranton, XI, n. 176, p. 184 *in fine*.

(2) Huc, *loc. cit.* — Cpr. Saleilles, *op. cit.*, n. 122, p. 116.

(3) Pour cette part, la novation vaut remise de la première dette. Mais le débiteur devra faire raison au créancier qui a nové d'une part correspondante dans la seconde obligation.

(4) Duranton, XI, n. 176; Marcadé, IV, n. 598; Duvergier sur Toullier, III, n. 726, note *a*; Aubry et Rau, IV, p. 17; Colmet de Santerre, V, n. 130 *bis*-III;

En droit romain, sans doute, du moins d'après l'opinion qui prévalut, chacun des créanciers solidaires avait le droit de nover l'obligation [1]; mais cela provient de ce que, d'une façon générale, il pouvait disposer de la créance comme s'il avait été seul créancier. Alors qu'il avait le droit de faire acceptilation, comment n'aurait-il pas eu celui de nover? Mais, sous l'empire du Code civil, on ne saurait hésiter à se prononcer en sens contraire.

1157. Il faut en dire autant de la transaction que ferait l'un des créanciers relativement à la créance solidaire. C'est seulement pour sa part que cet acte serait opposable aux autres. En effet, aux termes de l'art. 2045, al. 1er : « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ». Or, chacun des créanciers solidaires ne peut disposer de la créance que pour sa part; il ne peut donc transiger que dans la même limite [2].

Il en est de même du compromis. Si l'un des créanciers soumet à des arbitres le jugement d'une contestation qui est née entre lui et le débiteur au sujet de la créance solidaire, cet acte ne vaudra que pour la part du créancier qui compromet. On ne saurait donner pour la transaction et pour le compromis des solutions différentes, car, dans les deux hypothèses, il y a même raison de décider [3].

1158. Plusieurs auteurs sont d'avis que les cocréanciers peuvent se prévaloir de la novation, de la transaction ou du compromis, si l'acte dont il s'agit est avantageux pour eux. Cette opinion n'est pas fondée. Celui des créanciers qui a nové, transigé ou compromis n'a pu traiter que pour sa part. En tant que cette part était dépassée, il a excédé les droits

Rodière, *op. cit.*, n. 21; Larombière, III, p. 378 (art. 1198, n. 13); Demolombe, XXVI, n. 183; Laurent, XVII, n. 269; Arntz, III, n. 119, p. 66; Thiry, III, n. 21, p. 25; Huc, VII, n. 304, p. 406; Planiol, II, n. 763-1°; Giorgi, *op. cit.*, I, n. 110.

(1) Accarias, *op. cit.*, II, n. 550, p. 146; Girard, *op. cit.*, p. 727.

(2) Duranton, XI, n. 177; Colmet de Santerre, V, n. 130 *bis*-I, *in fine;* Aubry et Rau, VII, p. 17; Larombière, III, p. 379 (art. 1198, n. 14); Rodière, *op. cit.*, n. 21; Demolombe, XXVI, n. 184; Laurent, XVII, n. 269, al. 2; Arntz, III, n. 119 *bis*; Huc, VII, n. 305, p. 406; Giorgi, *op. cit.*, I, n. 116, al. 2.

(3) Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Larombière, Rodière, Arntz, Huc, *loc. cit.;* Demolombe, XXVI, n. 185; Giorgi, *loc. cit.*

que lui conférait la solidarité. Dira-t-on que si chacun des créanciers n'a pas le mandat d'empirer la situation des autres, il a, au contraire, celui de l'améliorer? Cette formule est trop large. Le pouvoir que les créanciers solidaires se donnent les uns aux autres, c'est exclusivement celui de poursuivre le paiement. D'ailleurs nover la créance, transiger ou compromettre sur elle, c'est en disposer. Or, le mandat de disposer doit être spécial et exprès : « Le mandat conçu en termes généraux, dit l'art. 1988, n'embrasse *que les actes d'administration*. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être *exprès* ». Le prétendu mandat dont se prévaut l'opinion par nous combattue, ne serait qu'un mandat général, et, dans tous les cas, ce ne serait qu'un mandat tacite. Il ne saurait donc conférer au mandataire le pouvoir de disposer de la créance.

Ainsi celui des créanciers qui a nové, transigé ou compromis ne représentait pas les autres, et, par conséquent, c'est le cas d'opposer à ces derniers la disposition de l'art. 1165, aux termes duquel : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes... » On ne s'expliquerait point que les cocréanciers fussent admis à se prévaloir contre le débiteur d'un acte que celui-ci ne pourrait pas leur opposer. Cette inégalité serait aussi contraire au droit qu'à l'équité (1).

1159. Le jugement rendu entre le débiteur et l'un des créanciers solidaires peut-il être opposé aux autres ou par eux? On ne conteste guère que, si le jugement a été rendu au profit du créancier qui était dans l'instance, il puisse être invoqué par les autres (2). Mais certains auteurs estiment que

(1) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 130 *bis*-I, *in fine;* Demolombe, XXVI, n. 187; Laurent, XVII, n. 269, al. 3, p. 276; Huc, VII, n. 304, p. 406 *in fine;* Giorgi, *op. cit.*, I, n. 110, p. 122. — *Contra* Aubry et Rau, IV, p. 17; Rodière, *op. cit.*, n. 21.

(2) Cependant Duranton enseigne que la chose jugée entre le débiteur et l'un des créanciers solidaires est, dans tous les cas, par rapport aux autres, *res inter alios acta*, sans qu'il y ait à distinguer suivant que le créancier en cause a perdu ou gagné. Ainsi, dans notre hypothèse, le jugement ne pourrait même pas profiter aux créanciers si ce n'est, toutefois, que la demande aurait interrompu la prescription aussi à leur profit, conformément à la disposition de l'art. 1199. Duranton, XIII, n. 521. — V. aussi XI, n. 179. — La réfutation de cette doctrine résultera des arguments que nous allons formuler ci-dessus. L'opinion de Duranton, d'ailleurs, est demeurée isolée.

si, au contraire, il a repoussé la prétention du créancier en cause, il n'est pas opposable aux cocréanciers. Nous n'admettons point cette distinction. Selon nous, la chose qui est jugée contre l'un des créanciers solidaires, l'est aussi contre les autres.

Pour justifier notre opinion, supposons successivement que l'instance a été introduite par le créancier, puis qu'elle a été introduite par le débiteur. Dans la première hypothèse, comment se pourrait-il qu'en s'adressant à la justice, le créancier demandeur eût outrepassé les droits que lui conférait la solidarité? Ce créancier, d'après le texte formel de l'art. 1197, avait « le droit de demander le paiement du total de la créance ». Il s'ensuit qu'il pouvait, au cas de résistance de la part du débiteur, assigner ce dernier en justice pour le faire condamner au paiement de ce total. On ne saurait, en effet, admettre qu'il dût s'arrêter par cela seul qu'il plaisait au débiteur d'alléguer l'inexistence ou l'extinction de la dette. Le droit de demander le montant de l'entière créance implique nécessairement celui d'en poursuivre le paiement par les voies légales; sans quoi il serait illusoire. Ne serait-il pas étrange d'interpréter l'art. 1197 en ce sens que c'est seulement s'il plaît au débiteur de payer le total que chacun des créanciers peut le lui demander? Oui, évidemment. Il faut donc reconnaître à chacun des créanciers le droit d'intenter une action contre le débiteur récalcitrant. Or, intenter une action, c'est soumettre une prétention à l'appréciation d'un tribunal, qui peut la déclarer bien ou mal fondée. Donc, si le créancier qui a demandé le paiement du total de la créance peut, au cas de résistance du débiteur, l'assigner en justice, la chose jugée à son égard l'est aussi à l'égard de ses cocréanciers, quelle que soit la décision.

Supposons maintenant que l'instance ait été introduite par le débiteur : ce dernier, aux termes de l'art. 1198, al. 1, avait le droit de payer toute la dette au créancier de son choix. Il en résulte que, si le créancier par lui choisi refusait le paiement, il pourrait procéder à des offres réelles et à la consignation pour le total, comme aussi obtenir un jugement validant ces offres et la consignation qui les aurait suivies. La

solution contraire aboutirait à cette conséquence inadmissible que le droit pour le débiteur de se libérer entièrement entre les mains du créancier de son choix n'existe que s'il convient à celui-ci de recevoir le paiement.

D'ailleurs, que l'action ait été intentée par l'un des créanciers solidaires ou par le débiteur, il ne serait ni juridique ni équitable que chacun des autres créanciers fût admis à recommencer le procès. Ce serait la négation même de la solidarité, puisque celle-ci a pour but d'empêcher la multiplicité et la répétition des poursuites.

Certains auteurs objectent que chacun des créanciers solidaires est mandataire des autres à l'effet d'améliorer leur condition et non de l'empirer. Ils en concluent que si le jugement rendu entre le débiteur et l'un des créanciers solidaires peut profiter aux cocréanciers, il ne peut pas leur nuire. La chose jugée entre l'un des créanciers solidaires ne serait donc pas opposable aux autres. C'est le cas de s'écrier avec M. Saleilles : « On appliquerait ou non l'effet de la chose jugée suivant l'issue du jugement, comme si la portée d'un mandat pouvait se caractériser, non par la nature et l'importance de l'acte à entreprendre, mais par ses résultats; singuliers mandataires qui auraient pouvoir pour gagner et non pour perdre et qui ne pourraient savoir qu'après coup si, en prenant part à l'action, ils restaient ou non dans les limites de leur mandat » (1). Aussi plusieurs auteurs considérables repoussent-ils cette doctrine. « Il ne s'agit pas, dit notamment M. Demolombe, de savoir si le créancier qui engage l'instance au nom des autres, a mandat pour perdre ou pour gagner; il s'agit de savoir s'il a mandat pour plaider ». La question, en effet, doit être ainsi posée. Or la réponse qu'elle comporte ne nous paraît pas douteuse. Les créanciers solidaires, s'étant donné réciproquement pouvoir de recouvrer la créance, se sont donné réciproquement le pouvoir de faire le nécessaire à cet effet, notamment de plaider (2).

(1) Saleilles, *op. cit.*, n. 118, p. 112.

(2) *Sic* Marcadé, IV, n. 598; Colmet de Santerre, V, n. 328 *bis*-XXVII; Larombière, III, p. 379 (art. 1198, n. 15); Demolombe, XXVI, n. 191; Arntz, III, n. 119 *bis*, p. 66; Giorgi, *op. cit.*, I, n. 107, p. 118 *in fine*. — Cpr. Toullier, X, n. 204;

1160. Mais le jugement rendu contre l'un des créanciers solidaires n'est opposable aux autres que s'il exprime l'opinion des juges sur le différend qu'il s'agissait de résoudre. Cela suppose qu'il n'a pas été déterminé par le fait personnel du créancier qui figurait dans l'instance. Donc, s'il a été rendu en faveur du débiteur à raison de la prestation, par celui-ci, du serment litisdécisoire, il ne saurait avoir, à l'égard des cocréanciers, l'autorité de la chose jugée. Dans ce cas, en effet, il a été déterminé par la délation de serment, c'est-à-dire par un fait personnel du créancier en cause, et il ne renferme point l'appréciation, par les juges, des droits des parties. Cela est si vrai que, si le serment n'avait pas été déféré, le tribunal aurait peut-être condamné le débiteur. La délation du serment a enlevé à la justice la décision du litige. Elle constitue, nous l'avons dit, une sorte de remise conditionnelle de la dette, un acte de disposition. Arg. art. 1365, al. 2. Ainsi le jugement qui, à la suite de la prestation du serment litisdécisoire, constate la libération du débiteur, ne saurait nuire aux cocréanciers [1].

Le même principe nous conduit à décider que le jugement rendu au profit du débiteur contre l'un des créanciers solidaires n'a pas à l'égard des autres l'autorité de la chose jugée, s'il a été déterminé par un aveu, une reconnaissance ou une renonciation émanant du créancier qui était dans l'instance. Ici encore, si l'on se prononçait en sens contraire, la libération du débiteur serait la conséquence d'un fait personnel de ce créancier, ce qui est inadmissible [2].

Il en est de même lorsque c'est l'acquiescement du créancier en cause qui a fait acquérir au jugement l'autorité de la chose jugée [3].

1161. Est-il besoin de dire qu'il faut, à plus forte raison, écarter l'application de notre règle lorsque c'est par suite

Huc, VII, n. 306. — *Contra* Delvincourt, II, p. 140, note 7; Aubry et Rau, IV, p. 17; Rodière, *op. cit.*, n. 27; Bonnier, *Tr. des preuves*, II, n. 887; Laurent, XVII, n. 271.

(1) Demolombe, XXVI, n. 191, p. 152.

(2) Larombière, III, p. 382 (art. 1198, n. 15); Demolombe, XXVI, n. 191, p. 154.

(3) Larombière et Demolombe, *loc. cit.*

d'une collusion entre le débiteur et le créancier en cause que le jugement a été rendu en faveur du premier? Un créancier solidaire qui trahit les autres ne saurait être considéré comme leur représentant [1].

1162. Mais, toutes les fois que le jugement rendu contre l'un des créanciers solidaires n'a pas été déterminé par un fait personnel de ce dernier, il est opposable aux autres.

S'il est contradictoire, les cocréanciers ne pourront faire appel ou se pourvoir en cassation que dans les délais de la signification au créancier qui était partie au procès. Peu importe que les cocréanciers n'en aient pas reçu personnellement signification [2].

Si le jugement a été rendu par défaut, l'opposition de ces derniers ne sera plus recevable quand il aura été exécuté dans les six mois contre le créancier qui figurait dans l'instance [3].

1163. Mais supposons que le débiteur devienne héritier de l'un des créanciers ou *vice versa*. La confusion s'opère. La dette sera-t-elle éteinte pour le tout, ou seulement pour la part du créancier qui a succédé au débiteur ou auquel celui-ci a succédé ? C'est pour la dernière de ces solutions qu'il convient de se prononcer. Si la confusion éteint l'obligation, c'est seulement en ce sens que, les deux qualités de créancier et de débiteur étant réunies sur la même tête, la poursuite est rendue impossible. Au cas de solidarité active, ce résultat se produit dans les limites de la part du créancier qui est devenu héritier du débiteur ou dont celui ci est devenu l'héritier. Il est inadmissible, en effet, que les cocréanciers puissent demander à la personne sur la tête de laquelle la confusion s'est produite, une part de créance qu'ils seraient tenus de lui rembourser. Arg. art. 1209 et 1301, al. 3. Mais, pour le surplus, il ne saurait y avoir confusion, car rien n'empêche que les cocréanciers demandent le paiement de l'obligation, déduction faite de la part de l'héritier.

(1) Marcadé, IV, n. 598 *in fine;* Larombière et Demolombe, *loc. cit.;* Giorgi, *op. cit.*, I, n. 107, p. 120.

(2) Larombière et Demolombe, *loc. cit.*

(3) Larombière et Demolombe, *loc. cit.*

Une objection très spécieuse a été faite par M. Colmet de Santerre : le débiteur a le droit de choisir le créancier auquel il fera le paiement. Or, lorsque, par suite de la confusion, un individu réunit en sa personne les qualités de créancier solidaire et de débiteur, il est évident qu'il a dû se payer à lui-même, et, par suite, chacun des autres créanciers ne peut exercer contre lui qu'un recours pour sa part.

Ce raisonnement suppose qu'on admet une présomption dont la nécessité n'est point démontrée. D'abord rien ne dit que l'héritier fût en état de payer le total de la créance. De plus, quand la solidarité active a été stipulée dans l'intérêt du débiteur, c'est-à-dire pour lui épargner les complications et les frais d'un paiement divisé, la présomption dont il s'agit serait un non sens. Serait-il raisonnable de refuser, en pareil cas, à l'héritier le droit de payer à l'un de ses cocréanciers le total de la créance sous la déduction de sa propre part ? Il faudrait donc distinguer suivant les motifs pour lesquels les parties ont établi la solidarité. Est-ce admissible ? Tout ce qu'on doit présumer, c'est que l'héritier s'est payé à lui-même sa part de créance. Il n'est même pas démontré qu'en droit romain la confusion éteignît totalement la créance solidaire (1). C'est une raison de plus pour ne pas reconnaître en droit français la possibilité d'un pareil résultat.

La question présente un intérêt pratique dont l'importance peut être fort grande. Sans doute, si l'on décide que la créance éteint toute la dette, les cocréanciers n'en auront pas moins le droit d'exiger de l'héritier le remboursement de leurs parts, et si l'on estime, au contraire, que la confusion est limitée à la part de l'héritier, le cocréancier qui obtiendra de celui-ci le paiement de tout l'excédent devra rembourser à chacun des autres le montant de sa part. Mais il ne s'ensuit point qu'il soit indifférent de se prononcer dans un sens ou dans l'autre. Si la confusion éteint toute la créance, elle éteint aussi les sûretés accessoires, qui, par suite, ne garantiront pas le recours des cocréanciers. Si, au contraire, la confusion n'a d'effet que pour la part de l'héritier, les sûretés dont nous

(1) Girard, *op. cit.*, p. 727, texte et note 3.

parlons subsistent avec le surplus de la créance, et, en conséquence, les cocréanciers ont le droit de s'en prévaloir [1].

B. *Des rapports des cocréanciers entre eux.*

1164. Les créanciers solidaires sont présumés associés les uns des autres, et, par suite, celui d'entre eux qui a reçu le paiement est tenu de faire raison à ses cocréanciers de leurs parts respectives dans la créance. Ce principe n'est pas formulé dans un texte spécial. Mais les dispositions des art. **1198**, al. **2**, et **1365**, al. **2**, en supposent nécessairement l'existence : si la remise consentie par l'un des créanciers solidaires ne peut avoir effet que pour la part de ce dernier, s'il en est de même du serment déféré par l'un d'eux au débiteur, c'est, évidemment, parce que chacun de ces créanciers a droit à sa part. De plus, dans les art. **1212** et **1213**, le législateur présume l'existence d'une communauté d'intérêts entre les débiteurs solidaires, et dispose, en conséquence, que la dette est partageable entre eux. On ne voit pas pourquoi ce qui est vrai, sur ce point, de la solidarité passive, ne le serait pas aussi de la solidarité active. Pour l'une et pour l'autre, notre proposition se justifie avec la même facilité : que la solidarité existe entre débiteurs ou entre créanciers, n'est-il pas dans la nature même des choses qu'elle dérive d'une communauté d'intérêts? Dans les deux cas, la présomption par nous admise satisfait également la raison. Il convient, par conséquent, de décider que le créancier qui a reçu le montant de la créance est tenu, de plein droit, de rendre compte aux autres de leurs parts respectives [2].

[1] *Sic* Toullier, VI, n. 746; Marcadé, IV, n. 598; Rodière, *op. cit.*, n. 17; Demolombe, XXVI, n. 195; Laurent, XVII, n. 270; Thiry, III, n. 89, p. 116; Giorgi, *op. cit.*, I, n. 115, p. 127. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 130 *bis*-V.

[2] *Sic* Delvincourt, II, p. 502; Toullier, VI, n. 727; Marcadé, IV, n. 596; Colmet de Santerre, V, n. 128 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, p. 18; Rodière, *op. cit.*, p. 32; Larombière, III, p. 367 (art. 1197, n. 20); Demolombe, XXVI, n. 146; Laurent, XVII, n. 272; Arntz, III, n. 118; Vigié, II, n. 1442; Thiry, III, n. 20-21; Huc, VII, n. 298, p. 398; Planiol, II, n. 764; Giorgi, *op. cit.*, I, n. 119, p. 130. — Duranton a d'abord pensé que les termes de la disposition finale de l'art. 1197 faisaient obstacle à ce qu'on pût accepter cette solution : « Le paiement fait à l'un d'eux (à l'un des créanciers solidaires) libère le débiteur, *encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers* ». N'est-ce pas dire

1165. Dans le silence de la convention, le bénéfice du paiement fait à l'un des créanciers solidaires doit être partagé par portions viriles entre tous les créanciers. Du moment que la convention ne prescrit pas une autre répartition, il faut nécessairement s'en tenir à celle-là, car, le droit de chacun d'entre eux étant limité par ceux des autres, les créanciers solidaires doivent être réputés avoir des droits égaux. Et il en est ainsi, non seulement dans les rapports des créanciers avec le débiteur, mais encore dans leurs rapports entre eux.

Toutefois, cette règle, ayant pour fondement l'interprétation de la volonté des parties, ne serait pas applicable, si ces dernières avaient stipulé que le partage aurait lieu par portions inégales ou même que la totalité de la créance appartiendrait à un seul des créanciers.

Mais il incomberait à la partie qui se prévaudrait d'une pareille dérogation, d'en faire la preuve conformément aux règles générales, et, par conséquent, elle ne serait admise à en établir l'existence au moyen de témoignages ou de présomptions que si l'intérêt en jeu était inférieur à 150 fr. ou que s'il existait un commencement de preuve par écrit [1].

que le débiteur est libéré même dans le cas où, par exception, c'est-à-dire en vertu d'une convention, le montant de la créance doit se partager entre les créanciers solidaires, ce qui montre bien qu'en général il en est autrement? (*Traité des contrats*, II, n. 542-543). Non, ces mots « encore que le bénéfice de l'obligation... » doivent être interprétés ainsi : « bien que le bénéfice de l'obligation... ». La divisibilité de ce bénéfice n'est point accidentelle; en d'autres termes, elle ne suppose point une clause ou des circonstances spéciales. Elle se rencontre habituellement, et, sauf convention contraire, il faut l'admettre. Si l'on n'accepte pas cette interprétation, les dispositions des art. 1198, al. 2, et 1365, al. 2, ne peuvent plus se justifier. — D'ailleurs, dans son *Cours de droit civil*, Duranton a changé d'opinion (XI, n. 170 173). — Bigot-Préameneu s'exprime ainsi, dans l'*Exposé des motifs* « Cette faculté donnée à chacun des créanciers de demander le paiement total, et *la convention qu'ils auraient faite en même temps de diviser entre eux le bénéfice de l'obligation*, n'ont rien d'incompatible ». — Fenet, XIII, p. 248; Locré, XII, p. 347, n. 82, al. 3. — Si l'on prenait ces paroles à la lettre, il faudrait en conclure qu'une convention spéciale est nécessaire pour que le créancier qui a reçu le paiement soit tenu de partager avec ses cocréanciers. Mais, certainement, telle n'est pas l'idée de Bigot-Préameneu, car, un peu plus loin, voulant expliquer pourquoi la remise de dette vaut seulement pour la part du créancier solidaire qui l'a consentie, il fait observer que ce créancier « ne peut être libéral *que de ce qui lui appartient* ». — Fenet, XIII, p. 249; Locré, XII, p. 348, n. 83, al. 5.

[1] Larombière, III, p. 368, (art. 1197, n. 20); Demolombe, XXVI, n. 148 149; Aubry et Rau, Huc, *op. cit.*; Thiry, III, n. 20 *in fine*.

1166. Le créancier solidaire, auquel un paiement a été fait, est tenu d'en partager le bénéfice, alors même que ce paiement n'a été que partiel, et, dans ce cas, la répartition doit avoir lieu suivant la même proportion que si le paiement avait été intégral. Peu importerait que le créancier auquel le paiement a été fait eût reçu exactement sa part virile et qu'il eût donné quittance *pour sa part*. Il serait contraire à l'essence même de la solidarité active que l'un des créanciers pût agir exclusivement dans son intérêt. *Adde* arg. **1849** (1).

C. *Législation comparée.*

1167. En ce qui concerne les effets de la solidarité active, le système de notre ancien droit a été consacré par de nombreux Codes civils modernes, notamment par beaucoup des plus récents. Nous citerons le Code civil chilien (2), le Code civil portugais (3), le Code civil argentin (4), le Code civil mexicain (5) et le Code civil espagnol (6). Donc, sous l'empire de ces codes, un créancier solidaire peut nover l'obligation ou l'éteindre, soit par une dation en paiement, soit par une remise de dette, mais il doit tenir compte à chacun de ses cocréanciers de la part qui revenait à celui-ci dans la créance : « Le créancier solidaire, dit, par exemple, le Code civil portugais, peut libérer le débiteur, soit en recevant le paiement de la dette, soit par compensation, novation ou remise, sauf sa responsabilité envers ses cocréanciers ». Art. 751 (7). Et le Code civil espagnol : « Chacun des créanciers peut faire ce qui est utile aux autres, mais non ce qui leur est préjudiciable ». Art. **1141**, al. **1**. « La novation, la compensation, la confusion et la remise de la dette, faites par l'un des créanciers solidaires..., éteignent l'obligation..... Le créancier qui a accompli l'un de ces actes, comme celui

(1) Rodière, *op. cit.*, n. 33; Larombière, III, p. 368 (art. 1197, n. 20); Demolombe, XXVI, n. 156 ; Giorgi, *op. cit.*, I, n. 120, p. 131.

(2) Art. 1513.

(3) Art. 751.

(4) Art. 708.

(5) Art. 1400 et 1401.

(6) Art. 1141, al. 1, art. 1143.

(7) Traduction G. Laneyrie et Joseph Dubois, p. 239.

qui reçoit la chose due, répondra envers les autres de la part qui leur revient dans l'obligation ». Art. 1143.

1168. Le Code civil des tribunaux mixtes d'Egypte adopte le système français actuel, mais il présente ceci de particulier et de très remarquable qu'il fait expressément de la représentation réciproque des créanciers l'élément caractéristique de la solidarité active : « Les créanciers, dit-il, sont solidaires, quand la convention qui a créé l'obligation leur donne *mandat réciproque de recevoir; on suit dans ce cas les règles du mandat* ». Art. 161. Il résulte de ces derniers mots qu'un créancier solidaire ne peut ni faire remise de la dette, ni l'éteindre au moyen d'une novation ou d'un paiement. Un pareil acte, en effet, excèderait le mandat que ce créancier a reçu des autres.

1169. Le Code civil allemand décide que : « La demeure d'un créancier solidaire a aussi effet contre les autres créanciers » (art. 429, al. 1), et que : « si la créance et la dette se réunissent dans le chef d'un créancier solidaire, les droits des autres créanciers contre le débiteur s'éteignent » (art. 429, al. 2). Il ajoute : « Au surplus, on applique, par analogie, les dispositions des art. 422, 423, 425. En particulier, lorsqu'un créancier solidaire cède la créance à un tiers, les droits des autres créanciers restent entiers » (art. 429, al. 3). Il résulte de ce dernier alinéa : 1° que la dation en paiement (par conséquent aussi la novation), la consignation et la compensation, survenue du chef de l'un des créanciers solidaires, éteignent la dette au regard de tous; que, toutefois, la dette de l'un des créanciers solidaires ne peut être opposée en compensation aux autres (art. 422 et 429, al. 3 cbn); 2° qu'en principe, la remise de dette, consentie par l'un des créanciers, n'a pas d'effet à l'égard des autres; 3° que, sauf convention contraire, les faits pour lesquels la loi n'a pas disposé autrement, n'ont d'effet qu'au regard du créancier du chef duquel ils surviennent, et qu'il en est ainsi, notamment, de l'interruption de prescription et de la chose jugée (art. 425 et 429, al. 3 cbn). Si on le compare au Code civil français, le Code civil allemand a sensiblement amélioré la situation du débiteur, notamment en ce que, d'après lui, la dation en

paiement, la novation et la confusion éteignent l'obligation au regard de tous les créanciers, alors même qu'elles émanent seulement de l'un d'eux. Enfin, aux termes de l'art. 430 : « Sauf convention contraire, les créanciers solidaires ont droit entre eux à une part égale » [1]. On sait que la même solution est admise en droit français, bien qu'elle ne soit pas consacrée par notre Code civil.

§ III. *De la solidarité entre débiteurs.*

I. *Généralités.*

1170. Il y a solidarité passive lorsque plusieurs débiteurs d'une même obligation sont tenus chacun, en vertu de la volonté du législateur ou de celle des particuliers, au paiement intégral de la dette, alors même que l'objet de l'obligation est divisible.

Autant le rôle de la solidarité active est insignifiant, autant celui de la solidarité passive est considérable. Celle-ci constitue la plus forte des sûretés personnelles. L'échelle de ces sûretés comprend trois degrés. Le plus bas est occupé par le cautionnement simple ; le degré intermédiaire, par le cautionnement solidaire ; enfin, au sommet, figure la solidarité entre débiteurs. Cette dernière est donc, de toutes les sûretés personnelles, celle qui représente la plus forte garantie de paiement et, par conséquent, le plus puissant moyen de crédit.

Cependant, la solidarité passive, tout en présentant des caractères particuliers, a beaucoup de rapport avec le cautionnement. L'engagement de chaque débiteur solidaire, de même que celui de la caution, n'a pas d'objet qui lui soit propre. Chaque débiteur solidaire, en effet, doit la même chose que ses coobligés. Si l'affaire n'intéresse que l'un des promettants, la ressemblance de la solidarité avec le cautionnement est manifeste. La solidarité, dans ce cas, n'est qu'un cautionnement renforcé. Mais, alors même que tous les codébiteurs sont intéressés, le rapprochement que nous venons de faire a sa raison d'être. Chacun des codébiteurs, pour ce qui excède

[1] Traduction de Meulenaere, p. 115. — V. Saleilles, *op. cit.*, n. 118-127, p. 111-123.

sa part dans l'obligation, est caution des autres. La solidarité renferme donc alors un cautionnement réciproque. Toutefois, dans cette hypothèse, si chaque débiteur solidaire a consenti à garantir le paiement dû par ses coobligés, ce n'est pas dans une pensée de libéralité. L'engagement de chacun des codébiteurs, dans la mesure où il dépasse l'intérêt que l'affaire présente pour le promettant, a été déterminé par l'intention de se procurer du crédit. Et comme ce but a été poursuivi par tous les codébiteurs, la solidarité implique alors une association de crédit mutuel.

Quand on étudie l'histoire de la solidarité passive, on constate qu'au début le cautionnement ne différait pas beaucoup de cette solidarité, et il est très vraisemblable que l'importance pratique de celle-ci a augmenté à mesure que la condition des cautions devenait de moins en moins rigoureuse, grâce à l'admission du bénéfice de division et du bénéfice de discussion. Les futurs créanciers ont été d'autant plus portés à exiger la solidarité que la sûreté résultant du cautionnement devenait plus faible. Celui-ci, même quand on eut imaginé de rendre solidaire l'engagement de la caution, ne pouvait donner au créancier la même sécurité qu'un second engagement à la fois principal et solidaire (1). La solidarité entre débiteurs devait donc conserver sa raison d'être. Elle était même destinée à gagner de l'importance de jour en jour, le développement des transactions nécessitant l'accroissement du crédit (2). De là, nous le verrons, l'usage de présumer, en matière commerciale, la stipulation de solidarité. De là, nous le verrons aussi, cette disposition de quelques législations étrangères qui sont allées jusqu'à généraliser cette présomption et à l'admettre même en matière civile (3).

(1) Alors même que la caution est solidaire, son engagement n'en est pas moins un engagement accessoire. V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat, du cautionnement,* n. 919 et les autorités citées. — *Adde* Huc, XII, n. 195. — La caution solidaire, à la différence du codébiteur solidaire, peut invoquer la disposition de l'art. 2037. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.,* n. 1188 et les autorités citées. — *Adde* Huc, XII, n. 252.

(2) Cpr. Gérardin, *Étude sur la solidarité,* dans la *Nouv. rev. de dr. fr. et étr.,* VIII (1884), p. 239-244.

(3) V. *infra,* n. 1175-1176.

Mais remarquons à ce sujet que, si certains codes, notamment le Code civil allemand, multiplient les cas de solidarité passive, ils relâchent, d'autre part, le lien qui résulte de cette modalité. Nous démontrerons ce dernier point quand nous étudierons les effets de la solidarité entre codébiteurs ([1]).

II. *Sources de la solidarité passive.*

1171. La solidarité passive peut être constituée soit par la volonté de l'homme, soit par la loi (arg. art. **1202**), tandis que la solidarité active ne peut, comme nous l'avons dit, découler que de la première de ces sources ([2]).

A. *De la solidarité passive constituée par la volonté de l'homme.*

1172. Il ne faut point conclure du mot *stipulée* employé par l'art. **1202**, al. **1**, que, lorsque la solidarité passive est constituée par la volonté de l'homme, elle est toujours établie par convention. Elle peut, en effet, comme nous l'avons dit, l'être aussi par testament entre les codébiteurs d'un legs ([3]). Si, dans l'art. **1202**, al. **1**, le législateur s'exprime comme il le fait, c'est parce que, s'occupant de la solidarité dans le titre *des Contrats ou des obligations conventionnelles,* il n'a eu en vue que la solidarité constituée par convention.

1173. Qu'il s'agisse d'une obligation créée par testament ou par convention, « *la solidarité ne se présume pas* ». Art. **1202**, al. **1**. Le motif de cette règle, c'est que la solidarité déroge à ce principe de droit commun que la dette se divise entre les codébiteurs. Elle doit d'autant moins être présumée qu'en dérogeant à ce principe, elle aggrave la condition de chacun des coobligés, puisqu'il peut être poursuivi pour le tout.

Il en résulte que la solidarité passive doit, ainsi, d'ailleurs, que la solidarité active, être « stipulée », comme dit l'art. **1202**, ou, pour employer une expression plus large, qu'elle doit être, de la part du testateur ou des contractants, l'objet d'une manifestation de volonté.

([1]) V. *infra* le VI de ce §.
([2]) V. *supra*, n. 1122.
([3]) V. Pothier, *Oblig.*, n. 269 (édit. Dupin, I, p. 131). — V. *supra*, n. 1123.

Le législateur va plus loin : « *Il faut,* dit-il, *qu'elle* (la solidarité) *soit expressément stipulée. — Cette règle ne cesse que dans le cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi* ». Art. 1202, al. 1 *in fine* et al. 2. Ainsi la volonté de constituer la solidarité doit être *exprimée* (1).

1174. Mais il n'est point nécessaire que le testateur ou les parties se servent des expressions *solidarité, solidaire, solidairement.* Il n'existe pas ici de termes sacramentels.

C'est ainsi que les codébiteurs qui ont déclaré s'obliger *chacun pour le tout, un seul pour le tout,* ou *l'un pour l'autre,* doivent être incontestablement considérés comme des codébiteurs solidaires (2).

Il en est de même des codébiteurs qui ont formellement renoncé au bénéfice de division et au bénéfice de discussion. Par suite de cette renonciation, en effet, chacun d'eux pourra être poursuivi pour le tout comme débiteur principal. La situation sera donc celle que suppose la solidarité passive (3).

1175. La règle que la stipulation de solidarité doit être expresse s'applique-t-elle en matière commerciale ? On a soutenu que cette règle est générale et essentielle, qu'il faut, par conséquent, l'appliquer aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile (4). Mais la majeure partie de la doctrine se prononce pour la solution opposée, qui a été tou-

(1) V. application de ce principe dans Alger, 22 novembre 1890, S., 91. 2. 79.

(2) Delvincourt, II, p. 499 ; Toullier, VI, n. 721 ; Duranton, XI, n. 190 ; Aubry et Rau, IV, p. 22, note 12 ; Larombière, III, p. 399 (art. 1202, n. 5) ; Demolombe, XXVI, n. 230; Laurent, XVII, n. 281 ; Huc, VII, n. 309. — Sect. req., 7 septembre 1814, S. chr., IV. 1. 609, D. *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 566.

(3) Larombière, *loc. cit.* ; Demolombe, XXVI, n. 231 ; Laurent, XVII, n. 281. — Grenoble, 20 janvier 1830, S. chr., IX. 2. 281, col. 3, D., *Rép. alph.*, v° *Frais et Dépens*, n. 92.

(4) Bravard-Veyrières, *Tr. de dr. com.*, II, p. 255; Laurent, XVII, n. 285 : « Il n'y a d'exceptions que celles que la loi consacre formellement, dit ce dernier auteur. Quant à la règle qui exige que la solidarité soit expressément stipulée, elle est générale. Il n'y a donc *aucune raison* d'en limiter l'application aux matières civiles. L'opinion contraire a été soutenue ; *il est inutile de la réfuter*, car elle est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi ». — D'après quelques auteurs, pour qu'il y ait solidarité entre commerçants qui contractent ensemble une obligation, il faut que les tiers aient pu croire à l'existence d'une société entre ces commerçants. Pardessus, *Cours de dr. com.*, 5e édit. (1841), I, n. 182, p. 341 ; Massé, *Dr. comm.*, III, p. 411, n. 1909-1916; Boistel, *Préc. de dr. comm.*, n. 435.

jours admise par la pratique. On estime donc, en général, que, sauf convention contraire (1), lorsque plusieurs commerçants achètent ensemble des marchandises, ils en doivent solidairement le prix, alors même qu'il n'existe pas de société entre eux. Cette décision se justifie par l'existence d'un usage qui s'est formé depuis longtemps comme une condition de la sûreté du commerce. La perspective de pouvoir obtenir d'un seul des codébiteurs un paiement intégral est de nature à inspirer confiance au futur créancier et à faciliter les transactions commerciales (2).

Cette solution, d'ailleurs, est traditionnelle. C'est un point qu'il importe d'établir à raison du rôle que joue la coutume en matière commerciale. Lapeyrère pose ce principe : « Sont les marchands *réputés solidairement obligés,* lorsqu'ils contractent de compagnie ». Et il cite dans ce sens un arrêt du Parlement de Bordeaux du 9 juillet 1665 (3). De son côté, Pocquet de Livonnière formule cette règle : « Il y a solidité établie de plein droit entre certaines personnes *par la considération de leur qualité,* comme entre... les marchands pour les obligations et billets concernant le négoce » (4). Ferrière n'est pas moins affirmatif : « Solidité entre marchands a lieu lorsque plusieurs ont acheté conjointement des marchandises; ils sont tous alors obligés solidairement pour le prix, *à moins qu'il n'y ait convention contraire,* ce qui est fondé sur le privilège et la sûreté du commerce » (5). Bornier, lui aussi,

(1) Paris, 26 juil. 1892, *Pand. franç.*, 93. 2. 100.

(2) Delamarre et Le Poitvin, *Tr. th. et prat. de dr. comm.*, 2e édit., III, n. 39; Rodière, *op. cit.*, n. 175 s.; Troplong, *Mandat,* n. 497; Frémery, *Etudes de dr. comm. ou de dr. fondé par la coutume universelle des commerçants,* p. 21 s.; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 597, et *Tr. de dr. comm.*, III, n. 38, p. 35; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e édit., n. 1055, al. 2-1o, p. 554; Planiol, II, n. 770, p. 227.

(3) Lapeyrère, *Décisions sommaires du Palais,* lettre M, n. 16, 6e édit. (1749), p. 235; Bardet rapporte un arrêt du 18 janvier 1633 qui a déclaré solidaire une promesse faite conjointement par deux marchands, *Rec. d'arrêts du Parlement de Paris* (1690), II, liv. II, ch. III.

(4) Pocquet de Livonnière, *Règles du droit français,* liv. IV, chap. VI, règle XVII, 1re édit. (1730), p. 464, nouv. édit. (1768), p. 372.

(5) Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique* (nouv. édit., 1750), II, vo *Solidité entre marchands,* p. 953, col. 2. — V. aussi vo *Marchands,* II, p. 271, col. 1, et vo *Obligations,* p. 383, col. 1.

nous apporte un témoignage précieux : « Il a été jugé par arrêt du parlement de Toulouse du 17 juin 1672, confirmatif d'une sentence de la Bourse, rapporté dans le second tome du *Journal du Palais,* page 45, que deux marchands ayant fait un billet pour marchandises prises en commun, *sans qu'il y eût aucune société entre eux,* peuvent être poursuivis pour le paiement d'icelui, d'autant que la loi 11 § *ult.*, D., *de duobus reis constituendis,* qui porte que la clause solidaire n'est point suppléée, n'a pas lieu en fait de commerce, et que lorsque plusieurs marchands achètent conjointement de la marchandise d'un autre marchand, et qu'ils s'obligent de payer par une même cédule, *ils sont censés solidairement obligés,* et que *exceptiones, divisiones et discussiones sunt de apicibus juris, qui non observantur in curia mercatorum, ubi negotia deciduntur ex æquo et bono* » (1). Enfin Pothier nous présente la tradition comme définitivement fondée : « Deux marchands qui achètent ensemble une partie de marchandises, *quoiqu'ils n'aient, d'ailleurs, aucune société entre eux,* sont censés associés pour cet achat, et, comme tels, ils sont obligés, solidairement, *quoique la solidité n'était pas exprimée.* Bornier, sur ledit article (art. 7 du titre IV de l'Ordonnance de mars 1673), rapporte un arrêt du Parlement de Toulouse qui l'a ainsi jugé, et CELA A PASSÉ EN MAXIME » (2).

(1) Bornier, *Conférences des ordonnances de Louis XIV* (nouv. édit., 1755), II, p. 492. — *Adde* Jousse, sur l'art. 7 tit. IV, *Des sociétés,* de l'ordonnance de 1673 : « On présume, dit-il, une société tacite entre ceux qui contractent ».

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 266, al. 4 (édit. Dupin, I, p. 130). — Cependant la décision traditionnelle a été repoussée par Boutaric : « On trouve dans le tome Ier du *Journal du Palais,* page 241, disait cet auteur, un arrêt du parlement de Toulouse, par lequel l'obligation ou promesse consentie par deux marchands pour marchandises prises en commun, fut déclarée solidaire, quoiqu'il n'y eût d'ailleurs aucune société entre eux ; mais tout ce qu'on peut dire de cet arrêt, c'est qu'il est antérieur à l'ordonnance de 1673, qui, en déclarant solidaires les obligations consenties par les négociants ou marchands qui sont associés, déclare par voie de conséquence non solidaires les obligations consenties par des marchands non associés, c'est tout ce que l'on en peut dire ; car de lui donner pour motif la cause de l'obligation pour marchandises prises en commun, qui aurait pu faire regarder comme associés les marchands qui l'avaient contractée, ce serait raisonner contre les principes du droit... » *Les Institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit français* (1757), liv. III, tit. XVII, p. 444. Boutaric attribuait certainement à l'ordonnance de 1673, en ce qui concerne notre question, une portée qu'elle n'avait pas. Aussi son opinion n'a-t-elle pas rencontré de partisan. Il est à remarquer, d'ailleurs,

Les auteurs du Code civil ont certainement entendu respecter sur ce point les usages du commerce. C'est ce qui résulte de la discussion qui eut lieu au conseil d'Etat, ainsi qu'on le voit par cet extrait du procès-verbal de la séance du 18 brumaire an XII : « M. Bégouen dit qu'indépendamment des cas de la solidarité conventionnelle et légale dont parle cet article (art. 100 du projet, aujourd'hui art. 1202), il existe dans le commerce une solidarité de fait qui s'établit de plein droit entre les négociants qui font un achat en commun. Il pense qu'il est nécessaire de la maintenir. — M. Bigot-Préameneu dit que les usages du commerce seront maintenus par un article général » (1). Ainsi l'intention des rédacteurs du Code civil n'est pas douteuse.

Au surplus, rappelons, à ce sujet, que si la loi du 15 septembre 1807, qui a déclaré le Code de commerce exécutoire à partir du 1er janvier 1808, abroge les anciennes lois, elle n'abroge pas les usages. Il y a donc une différence bien significative entre cette loi et celle du 30 ventôse an XII, qui a réuni tous les titres du Code civil en un seul corps de lois et qui abroge notamment, par son art. 7, « *les coutumes générales ou locales* ». On peut opposer à ce point de vue cette même loi du 15 septembre 1807 au Code de procédure civile, dont le dernier article (art. 1041) est ainsi conçu : « Toutes lois, *coutumes, usages* et règlements relatifs à la procédure civile sont abrogés ». Cette différence s'explique par cette considération qu'en matière commerciale les usages ont autant de force que la loi toutes les fois que celle-ci ne les a pas formellement rejetés.

Aujourd'hui la solidarité entre commerçants est admise dans la plupart des pays. Plusieurs législations étrangères l'ont, d'ailleurs, expressément reconnue. Le Code de commerce hongrois pose cette règle : « Lorsque plusieurs personnes s'engagent envers un tiers dans une opération qui constitue

que les arrêts postérieurs à l'ordonnance de 1673 ont confirmé la jurisprudence antérieure. On peut citer à l'appui de cette proposition un arrêt du mois d'août 1676, rendu à Marmande. V. Lapeyrère, *op.* et *loc. cit.*, indication ajoutée à la 3e édition.

(1) Fenet, XIII, p. 69; Locré, XII, p. 164, n. 20.

de leur part un acte de commerce, elles sont réputées obligées solidairement, lorsque le contraire ne résulte pas d'une convention faite avec les créanciers ». Art. 268 (1). Le Code de commerce italien dit également : « En matière d'obligations commerciales, les codébiteurs sont tenus solidairement, s'il n'y a convention contraire ». Art. 40, al. 1er (2). Le Code de commerce roumain reproduit littéralement cette disposition. Art. 42, al. 2 (3). Le Code de commerce portugais admet expressément la même solution. Art. 100 (4). C'est ce que faisait aussi l'ancien Code de commerce allemand. Art. 280 (5).

1176. Le Code civil allemand consacre d'abord le principe qui est posé au début de notre art. 1202 : « Si plusieurs personnes doivent ou si plusieurs personnes peuvent exiger une prestation divisible, en cas de doute, chaque débiteur n'est obligé et chaque créancier n'a droit qu'à une part égale. » Art. 420. C'est bien dire que la solidarité ne se présume pas. Mais il apporte à cette règle une très large exception. Il ajoute, en effet, un peu plus loin : « Lorsque, par contrat, plusieurs s'obligent en commun à une prestation divisible, en cas de doute ils sont tous tenus comme débiteurs solidaires ». Art. 427 (6). Ainsi, dans le cas où l'obligation conjointe résulte d'une convention, c'est-à-dire dans le cas le plus fréquent, la présomption est renversée : les parties sont réputées avoir adopté celle des deux combinaisons qui donne au créancier le plus de chances d'être payé. On peut faire observer, en faveur de cette décision, que la clause de

(1) Traduc. de la Grasserie, p. 161. — V. aussi art. 269-270.

(2) Traduc. Turrel, p. 13.

(3) V. traduc. Joan Bohl, p. 56.

(4) « Dans les engagements commerciaux, les coobligés sont solidaires, sauf stipulation contraire. — § *unique*. Cette disposition ne doit pas être étendue aux non commerçants, quant aux contrats, qui, par rapport à eux, ne constituent pas des actes de commerce ». Traduc. Ernest Lehr, p. 37.

(5) « Quand deux ou plusieurs personnes s'engagent conjointement envers une autre et que l'opération constitue, quant à elles, un acte de commerce, on doit les considérer comme débiteurs solidaires, à moins que le contraire ne résulte de la convention faite avec le créancier ». Traduc. Paul Gide, Lyon-Caen, Flach et Dietz, p. 108.

(6) Traduct. de Meulenaere, p. 114 et 116. — V. Barre, *Le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux*, p. 105.

solidarité étant devenue de style, il est naturel de la présumer. En cela, le législateur de 1896 a suivi le système du Code prussien de 1794 ([1]), et, en même temps, il a généralisé la disposition de l'art. 280 de l'ancien Code de commerce allemand. Celle-ci consacrait la dérogation qui, nous venons de le voir, a été admise par l'usage. Mais, autant cette disposition s'expliquait en matière commerciale, autant son application en matière civile est d'une utilité contestable. Il ne convenait pas, croyons-nous, de porter atteinte, en cette dernière matière, à ce principe général que, dans le doute, la présomption est en faveur du débiteur ([2]). Toutefois c'est le cas de rappeler que, si, d'une part, le Code civil allemand a élargi le domaine de la solidarité passive, il a, d'autre part, relâché le lien constitutif de cette solidarité, ce qui tempère la rigueur de son système.

1177. Il se peut, d'ailleurs, que, lorsque le mot *solidarité* a été employé par les contractants, il ne rende pas exactement leur idée. Aussi les juges ont-ils le pouvoir de décider, par interprétation des clauses de l'acte ou d'après les circonstances de la cause, qu'une partie qui a déclaré s'obliger solidairement n'est pas un débiteur solidaire, mais une simple caution ([3]).

1178. Au surplus, lorsqu'il est certain qu'en se servant du mot *solidarité* les parties ont voulu faire naître un engagement solidaire, on doit se demander si le contractant qui s'oblige a entendu devenir débiteur solidaire proprement dit ou simplement caution solidaire. Cette distinction, du moins d'après certains auteurs et une partie de la jurisprudence, présente un grand intérêt pratique ([4]).

1179. La solidarité conventionnelle, en ce qui concerne sa preuve, demeure soumise aux règles du droit commun. Ainsi elle peut, comme l'obligation dont elle est la modalité, être

([1]) *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, part. I, tit. V, §§ 424 s.

([2]) Cpr. Saleilles, *op. cit.*, n. 113, p. 104; Gérardin, *op. cit*, *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1884, p. 242-243.

([3]) Civ. rej, 4 déc. 1855, S., 57. 1. 203, D. P., 56. 1. 58.

([4]) V. notamment Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement...*, n. 919 et 957, et les autorités citées.

prouvée par témoins au-dessous de 150 francs (arg. art. 1341), ou même au-dessus de ce chiffre, s'il y a un commencement de preuve par écrit. Arg. art. 1347. Dans ces mêmes cas, l'existence de la solidarité peut aussi être établie au moyen de présomptions graves, précises et concordantes. Arg. art. 1353. Il ne faut pas objecter qu'aux termes de l'art. 1202, la solidarité *ne se présume point*. Le sens de cette formule est le suivant : dans le doute, on ne suppose pas la solidarité ; il faut la prouver. Mais le législateur ne prescrit pas, quant à elle, l'emploi d'un mode de preuve exceptionnel, et, par conséquent, n'interdit pas de recourir aux présomptions dans les hypothèses que nous venons d'indiquer [1].

B. *De la solidarité légale.*

1180. A la différence de la solidarité active, la solidarité passive peut, avons-nous dit, exister de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi. Quand il en est ainsi, elle est dite légale. Elle présente ce caractère dans des cas assez nombreux dont nous donnerons la nomenclature.

Le Code civil prévoit six de ces cas :

1181. 1° « Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit ; et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée ». Art. 395.

1182. 2° Dans le même ordre d'idées, l'art. 396 ajoute : « Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le second mari, qui deviendra solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage ».

1183. 3° « S'il y a eu plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au défaut des autres : et ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait

[1] Req., 7 juin 1882, S., 84. 1. 157, D. P., 83. 1. 194.

divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée ». Art. 1033.

Ce texte n'établissant la solidarité entre les exécuteurs testamentaires que pour *le compte du mobilier qui leur a été confié,* il n'existe pas de responsabilité solidaire quant à leur gestion réciproque. Au surplus, ce n'est pas du mobilier, mais *bien du compte du mobilier* (ce qui est tout différent), qu'ils sont solidairement responsables, et, par conséquent, au cas de détournement commis par l'un d'entre eux, les autres, pour échapper à la responsabilité solidaire, n'auraient qu'à établir pourquoi les objets volés ne se retrouvent pas dans la succession; ils n'auraient donc à prouver que le détournement.

En ce qui concerne le compte du mobilier, ils ne sont tenus solidairement que si le testateur leur a donné la saisine de celui-ci, car, à défaut de cette condition, il n'est pas vrai de dire que le mobilier leur a été confié ([1]).

1184. 4° « Le défaut d'inventaire après la mort naturelle (ou civile) de l'un des époux ne donne pas lieu à la continuation de la communauté, sauf les poursuites des parties intéressées, relativement à la consistance des biens et effets communs, dont la preuve pourra être faite tant par titres que par la commune renommée. — S'il y a des enfants mineurs, le défaut d'inventaire fait perdre, en outre, à l'époux survivant la jouissance de leurs revenus, et le subrogé-tuteur qui ne l'a point obligé à faire inventaire, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs ». Art. 1442.

On remarquera que la solidarité existe pour *toutes* les condamnations prononcées contre le tuteur au profit des mineurs. Il ne faut donc pas la restreindre, comme on l'a fait arbitrairement, aux condamnations ayant pour objet la réparation du dommage causé aux pupilles par le défaut d'inventaire ([2]).

1185. 5° « Si plusieurs ont conjointement emprunté la

([1]) V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations entre vifs et des testaments,* II, n. 2686-2688.

([2]) V. la discussion dans Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage,* n. 889.

même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur ». Art. 1887.

Ce principe est traditionnel [1]. Il y a notamment solidarité au cas de faute commise par l'un des coemprunteurs [2].

Avons-nous besoin de dire que les prêteurs conjoints ne peuvent pas être considérés comme solidairement tenus des obligations qui naîtraient à leur charge. On ne saurait, à l'appui de l'opinion contraire, argumenter, par analogie, de l'art. 1887. Il faudrait un texte formel, et ce texte n'existe pas. De plus, en ce qui concerne les prêteurs, il n'y a pas la même raison de décider : ils rendent un service, les emprunteurs le reçoivent ; il est donc naturel que les premiers ne soient pas traités par la loi comme les seconds.

1186. 6° « Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat ». Art. 2002.

C'est encore là une règle traditionnelle [3]. On l'explique aujourd'hui par cette considération que les comandants reçoivent un service en commun [4]. Il n'y a pas à distinguer, d'ailleurs, suivant que le mandat est salarié ou gratuit : dans les deux cas, la solidarité existe [5].

1187. L'art. 2002, ne parlant que du mandataire *constitué*, n'est pas applicable en matière de mandat légal, et, par exemple, lorsqu'un tuteur gère à la fois les intérêts communs de plusieurs pupilles, ceux-ci ne sont pas ses coobligés solidaires [6].

(1) L., 5, § 15, D., *Commodati vel contra*, XIII, 6. — Pothier, *Prêt à usage*, n. 65 (édit. Dupin, IV, p. 33).

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt, du dépôt*, n. 662.

(3) L., 59, § 3, D., *Mandati vel contra*, XVII, 1. — Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. I, tit. XV, sect. II, n. 5 (édit. Rémy, I, p. 365); Pothier, *Mandat*, n. 82 (édit. Dupin, IV, p. 249).

(4) Domat fondait cette solidarité sur la volonté présumée des parties, *op.* et *loc. cit.*

(5) V. pour l'intérêt de la question Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contrats aléatoires, du mandat*, ... n. 757.

(6) Laurent, XXVIII, n. 41 ; Rodière, *op. cit.*, n. 220; Pont, *Petits contrats*, I, n. 1129; Guillouard, *Mandat*, n. 178; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 759 al. 2; Huc, XII, n. 106 *in fine*, p. 135; Planiol, II, n. 2250.

1188. Par application de l'art. **2002**, l'avoué a une action solidaire contre chacune des parties qui, soit en demandant, soit en défendant, l'ont chargé d'occuper dans une instance qui leur est commune. L'avoué, en effet, est un mandataire (1).

1189. L'huissier a également une action solidaire contre chacune des personnes qui, dans un intérêt commun, ont requis de lui un acte de son ministère (2).

1190. Mais faut-il en dire de même des notaires, des arbitres, des experts et des syndics de faillite? Autant de questions spéciales dont l'examen doit naturellement trouver place dans le commentaire de l'art. **2002** (3).

(1) Duranton, XI, n. 203; Aubry et Rau, IV, p. 649, note 12; Pont, *op. cit.*, I, n. 1126; Demolombe, XXVI, n. 259; Larombière, III, p. 406 (art. 1202, n. 14); Laurent, XXVIII, n. 36; Thiry, IV, n. 230 *in fine*, p. 209; Guillouard, *op. cit.*, n. 177; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op.* et *loc. cit.* — V. aussi les autorités citées dans ces ouvrages, ainsi que Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 1202, n. 174.

(2) Larombière, III, p. 407 (art. 1202, n. 14), al. 5; Demolombe, XXVI, n. 260.

(3) V. en sens divers pour les notaires : Aubry et Rau, IV, p. 650, note 12; Troplong, *Mandat*, n. 217 et 690; Pont, *op. cit.*, n. 1126, al. 2; Demolombe, XXVI, n. 258; Larombière, III, p. 405 (art. 1202, n. 13); Laurent, XXVIII, n. 37; Labbé, *Note*, S., 93. 1. 498; Guillouard, *op.* et *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op.* et *loc cit.*; Huc, XII, n. 109, p. 136, *in fine*. — Pour les arbitres, Duranton, XI, n. 203; Troplong, *op. cit.*, n. 691; Pont, *op.* et *loc. cit.*; Demolombe, XXVI, n. 261; Larombière, III, p. 407 (art. 1202, n. 14); Laurent, XXVIII, n. 38; Guillouard, *op. cit.*, n. 177; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 758; Huc, XII, n. 108, p. 136. — Pour les experts, Duranton, *loc. cit.*; Pont, *op.* et *loc. cit.*; Demolombe, XXVI, n. 263; Larombière, III, p. 407 (art. 1202, n. 15); Laurent, XXVIII, n. 39; Guillouard, *op.* et *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, Huc, *op.* et *loc. cit.* — Une jurisprudence univoque reconnaît au notaire le bénéfice de l'action solidaire. — V. not. Req., 5 nov. 1888, D. P., 89. 1. 404. — Civ. cass., 30 janv. 1889, S., 89. 1. 433, D. P., 89. 1. 400. — Req., 17 juin 1890, S., 90. 1. 416, D. P., 91. 1. 272, avec les renvois. — La même solution a été donnée pour les arbitres, par Civ. cass., 17 nov. 1830, S., 31. 1. 28, D. *Rép. alph.*, v° *Arbitre*, n. 1353 et 1351. — Pour les experts, par Req., 11 août 1813, S. chr., IV. 1. 415. — Aix, 2 mars 1833, S., 33. 2. 568, D. *Rép. alph.*, v° *Expert*, n. 266. — Grenoble, 13 déc. 1848, S., 49. 2. 604, D. P., 50. 2. 19. — Bordeaux, 8 juin 1855, S., 55. 2. 585. — Besançon, 4 mars 1856, S., 56. 2. 607. — V. cep. Grenoble, 23 juin 1810, S. chr., III. 2. 295, D. P., 48. 5. 258. — On s'accorde aujourd'hui à refuser l'action solidaire aux syndics de faillite. — V. Larombière, III, p. 407 (art. 1202, n. 14); Pont, *op. cit.*, n. 1127; Laurent, XXVIII, n. 40; Guillouard, *op. cit.*, n. 178; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 759; Huc, XII, n. 110, p. 138. — Req., 23 mai 1837, S., 37. 1. 839. — Bordeaux, 28 nov. 1840, S., 41. 2. 144. — Liège, 21 mars 1864, *Pasicr.*, 65. 2. 161. — V. en sens contraire Rouen, 13 floréal an X, et 23 janv. 1808; S., VIII. 2. 177; Boulay-Paty, *Tr. des faillites*, n. 331, p. 448.

1191. Les comandataires, à la différence des comandants, ne sont pas obligés solidairement de plein droit : « Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, dit l'art. 1995, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée ». On peut se demander quelle est l'utilité de cette disposition, car elle apparaît comme une simple application du principe écrit dans l'art. 2002, al. 1 : « La solidarité ne se présume point ». Si le législateur l'a écrite, c'est pour rompre sur ce point avec notre ancien droit. Celui-ci admettait la solution contraire (1), que les interprètes du droit romain avaient cru à tort trouver dans un texte du Digeste (2).

1192. Le *negotiorum gestor*, qui a géré une affaire commune à plusieurs personnes, a-t-il une action solidaire contre chacun des cointéressés? Non, sans aucun doute, puisqu'il faudrait pour cela un texte et qu'il n'en existe pas. Peu importe que la gestion d'affaires présente quelque analogie avec le mandat. Cela ne peut suppléer au défaut de texte (3).

1193. Les personnes qui font conjointement le dépôt d'une même chose, sont-elles, dans le silence de la convention, tenues solidairement envers le dépositaire à raison des dépenses faites par lui pour la conservation de cette chose? A notre avis, la négative n'est pas douteuse, car aucun texte n'établit ce cas de solidarité. Certains auteurs veulent étendre au dépôt, par analogie, la disposition de l'art. 2002. Dans ce sens Duranton s'autorise, suivant ses expressions, « d'un mandat virtuellement renfermé dans le dépôt » (4). Cette façon de parler ne doit pas faire illusion. Pour le législateur, le mandat et le dépôt sont deux contrats distincts. L'interprète ne doit pas les confondre (5).

(1) Domat, *Lois civ.*, 1re part., liv. I, tit. XV, sect. III, n. 13 (édit. Rémy, II, p. 365); Pothier, *Mandat*, n. 63 (édit. Dupin, IV, p. 235 *in fine*).

(2) L. 60, § 2, D., *Mandati vel contra*, XVII, 1.

(3) Duranton, XI, n. 204; Troplong, *op. cit.*, n. 694; Rodière, *op. cit.*, n. 219; Aubry et Rau, IV, p. 725; Larombière, III, p. 405 (art. 1202, n. 12 *in fine*); Demolombe, XXVI, n. 254; Laurent, XVII, n. 288 et XXVIII, n. 42; Huc, VIII, n. 377, p. 498.

(4) Duranton, XI, n. 199.

(5) *Sic* Demolombe, XXVI, n. 256; Guillouard, *Dépôt*, n. 171; Baudry-Lacanti-

La question est surtout discutée en ce qui regarde le séquestre. Pothier admettait la solidarité : « Chacune des parties déposantes étant dans le contrat de séquestre, pour le total, déposante... c'est une conséquence qu'elles sont solidairement tenues, envers le séquestre, de ce remboursement » (1). Il est évident que si le raisonnement était concluant pour le séquestre, il le serait aussi pour le dépôt. Mais nous estimons qu'il ne doit être accueilli ni pour l'un, ni pour l'autre. Les arguments invoqués par nous pour écarter la solidarité en matière de dépôt s'appliquent également au séquestre (2).

1194. Anciennement le Code civil décrétait la solidarité passive dans un septième cas : « S'il y a plusieurs locataires, disait l'art. **1734**, tous sont solidairement responsables de l'incendie. A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu, ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux ; auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus ». Mais ce cas a été supprimé par la loi du 5 janvier **1883**, qui a substitué à la responsabilité solidaire une responsabilité proportionnelle à la valeur locative de la part d'immeuble occupée par chacun des locataires.

1195. Deux autres cas ont été admis par le Code de commerce : 1° « Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale ». Art. **22**. *Adde* art. **27** et **28**.

2° « Tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change, sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur ». Art. **140**. Cette disposition est applicable au billet à ordre. Arg. art. **187**.

1196. L'art. **41** de la loi du **24** juillet **1867**, sur les sociétés, est ainsi conçu : « Est nulle ou de nul effet à l'égard des inté-

nerie et Wahl, *De la société, du prêt et du dépôt*, n. 1174. — Cpr. Duranton, XI, n. 199 *in fine*, p. 237 *in fine*.

(1) Pothier, *Dépôt*, n. 89, al. 2 (édit. Dupin, IV, p. 192 *in fine*).

(2) *Sic* Laurent, XXVII, n. 167 ; Guillouard, *op. cit.*, n. 171 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1265. — *Contra* Aubry et Rau, IV, p. 631, n. 3. — MM. Pont (*op. cit.*, I, n. 549 et Huc (XI, n. 269) estiment que les déposants conjoints sont tenus d'une obligation *in solidum*.

ressés toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des art. 22, 23, 24 et 25 ci-dessus ». L'art. 42 de la même loi, modifié par l'art. 5 de la loi du 1er août 1893, ajoute : « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation. La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article 24 ».

1197. Aux termes de l'article 55 du Code pénal : « Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages intérêts et des frais ». Art. 55 (1). En ce qui regarde les amendes, la solidarité ne saurait se justifier, car elle est contraire au principe de la personnalité des peines (2). Mais on a fait observer que l'existence de cette anomalie pouvait peut-être s'expliquer par ce fait que, dans l'ancien droit, les amendes étaient plutôt des indemnités pour frais de justice que des peines proprement dites (3). Quoi qu'il en soit, la solidarité s'applique, à l'égard de chaque condamné, au montant intégral des amendes des autres, celles-ci fussent-elles plus élevées que la sienne. Ce n'est donc pas sur le taux de son amende personnelle que la solidarité doit être calculée par rapport à lui, quant aux autres amendes. La solidarité embrasse l'intégralité de ces dernières, alors même qu'elles ont été aggravées par suite de récidive (4).

(1) Plusieurs lois spéciales ont fait à diverses matières l'application du principe écrit dans l'art. 55 C. pén. — V. D., *Suppl.* au *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 592.

(2) La solidarité, quant aux amendes, a été supprimée par le Code pénal belge de 1867, art. 39, 50. En Allemagne, il n'y a solidarité que pour les frais. C. proc. pén., § 498. En Autriche, il n'existe, quant aux dépens eux-mêmes, qu'une obligation *in solidum*. C. pr. pén., § 389.

(3) Garraud, *Tr. de dr. pén.* (2e édit.), II, n. 508, p. 343, note 3.

(4) Crim. cass., 13 août 1853, S., 53. 1. 789, D. P., 53. 1. 338. — Quant aux frais, la cour de cassation décide qu'en ce qui regarde les individus condamnés, la solidarité les comprend tous, même ceux qui ont été faits par la partie civile à l'égard

Rapprochons de la disposition de l'art. 55 C. pén. celle de l'art. 156 du décret du 18 juin 1811, contenant règlement des frais pour l'administration de la justice en matière criminelle, de police correctionnelle et de simple police : « La condamnation aux frais sera prononcée, dans toutes les procédures, solidairement, contre tous les auteurs ou complices du même fait ».

Il résulte du rapprochement de ces deux textes qu'entre individus condamnés pour une même contravention, la solidarité est beaucoup moins étendue qu'entre ceux qui sont condamnés pour un même crime ou un même délit. Quant aux premiers, notre législation actuelle ne l'établit que pour les frais (1).

La solidarité entre codélinquants ne pouvant exister que dans la mesure où la loi l'a établie, il faut, pour en déterminer l'étendue, se renfermer strictement dans les termes de l'art. 55. Il est donc nécessaire que les codélinquants aient été condamnés pour une même infraction. Quand il s'agit de délits distincts, il n'y a pas solidarité, alors même qu'ils ont été réunis dans une seule poursuite (2). Mais, en sens inverse, la solidarité existe dès qu'il y a juridiquement unité d'infraction. L'art. 55 s'appliquerait donc à un délit indivisible, bien qu'une pareille infraction suppose un ensemble de faits dont chacun, envisagé séparément, constitue un délit (3). En ce qui

des accusés ou prévenus acquittés et dont ces derniers ont été déchargés. Crim. cass., 12 oct. 1849, S., 50. 1. 573, D. P., 49. 5. 209. — Crim. rej., 12 août 1861, D. P., 61. 5. 246.

(1) La législation intermédiaire admettait aussi la solidarité pour les amendes de simple police, D., 19 juil. 1791, tit. II, art. 42. — Quant aux *délits-contraventions* (on entend par là les délits non intentionnels prévus par des lois spéciales) la cour suprême les assimile aux délits. — Crim. rej., 5 déc. 1872, S., 73. 1. 228, D. P., 72. 1. 432.

(2) Cette décision s'applique même aux dépens. Laborde, *Cours de dr. crim.*, 2e édit., n. 408, p. 263; Garraud, *op. cit.*, II, n. 509, p. 347. — Crim. cass., 30 janv. 1846, S., 46. 1. 271, D. P., 46. 1. 80; 27 juil. 1850, S., 51. 1. 78, D. P., 51. 5. 284, *in fine;* 4 nov. 1854, S., 54. 1. 809; 16 août 1861, S., 61. 1. 1015, D. P., 62. 1. 55; 12 mai 1888, S., 89. 1. 440.

(3) Laborde, *op.* et *loc. cit.* — Au point de vue de l'application de l'art. 55 C. pr., la cour de cassation traite les délits connexes comme les délits indivisibles. — Crim. rej., 5 janv. 1866, D. P., 69. 5. 227; 30 janv. 1873, D. P., 74. 1. 501; 26 mars 1874, S., 74. 1. 230 (renvois); 5 juil. 1878, S., 78. 1. 485; 1er juil. 1880, S., 81. 1. 237;

concerne spécialement les dommages-intérêts, il y a solidarité, que la condamnation ait été prononcée par un tribunal civil ou qu'elle émane d'un tribunal de répression; la loi ne distingue pas (1).

La solidarité instituée par l'art. 55 est une solidarité légale. Elle a donc lieu alors même qu'elle n'est pas visée dans le jugement. Sans doute, en pratique, les tribunaux la prononcent presque toujours, mais, s'ils omettaient de le faire, elle n'en existerait pas moins, car elle est de droit (2).

1198. La loi du 22 frimaire an VII, sur l'enregistrement, dispose en ces termes dans les deux premiers alinéas de son art. 32 : « Les droits des déclarations des mutations par décès seront payés par les héritiers, donataires ou légataires. — *Les cohéritiers seront solidaires* ». Cette disposition, comme l'explique M. Gabriel Demante, signifie « que chaque héritier n'est pas seulement tenu d'acquitter les droits *in solidum*, comme s'il était héritier unique, mais que chacun est tenu des droits encourus par ses cohéritiers en raison de la parenté de ceux-ci avec le défunt » (3). Cette solidarité existe même entre parents appartenant à des branches différentes, par exemple à l'égard des père et mère venant à la succession de leur enfant avec des parents collatéraux de ce dernier (4). De plus elle n'a pas été instituée seulement pour le droit simple; elle s'étend au *demi-droit en sus* et au *double droit* encourus pour déclaration tardive ou omission (5).

1er juil. 1882, S., 84. 1. 355, D., 83. 1. 325. — V. dans le même sens Blanche, *Etudes sur le code pénal*, I, n. 419 s.; Chauveau, Faustin-Hélie et Villey, *Th. du C. pén.*, 6e édit., I, n. 154; Garraud, *op.* et *loc. cit.*

(1) *Sic* Delvincourt, II, p. 498; Duranton, XI, n. 194; Marcadé, IV, n. 604; Aubry et Rau, IV, p. 20, note 5; Larombière, III, p. 412 (art. 1202, n. 20); Blanche, *op. cit.*, I, n. 124-425; Laborde, *op. cit.*, n. 407; Garraud, *op.* et *loc. cit.* — Civ. rej., 6 sept. 1813, S. chr., IV. 1. 438. — Req., 23 déc. 1818, S. chr., V. 1. 564. — Cpr. Crim. rej., 15 juin 1844, S., 45. 1. 73. — *Contra* Bordeaux, 16 fév. 1829, S. chr., IX, 2. 210.

(2) Blanche, *op. cit.*, I, n. 428; Garraud, *op. cit.*, II, n. 510 *in fine*, p. 350.

(3) *Principes de l'enregistrement*, 3e édit., I, n. 611.

(4) Trib. civ. Seine, 1er fév. 1878; Trib. civ. Valenciennes, 16 déc. 1880, *Journ. enreg.*, art. 20811 et 21597.

(5) Trib. civ. Neufchâteau, 8 mars 1832, *Journ. de l'enreg.*, n. 10277. — Grenoble, 27 décembre 1847, *Journ. de l'enreg.*, n. 14400. — Trib. civ. de Villefranche, 2 fév. 1882, D. P., 83. 5. 248. — Décidé que la cession de ses droits par un héritier

Mais cette solidarité, instituée exclusivement à l'égard des cohéritiers, ne frappe ni les successeurs irréguliers (1), ni les donataires de biens à venir, ni les légataires à titre particulier, ni les successeurs des cohéritiers (2). Elle ne frappe même pas, d'après nous, les légataires universels ou à titre universel (3). D'ailleurs elle n'existe entre les cohéritiers que pour le paiement des droits de succession, et non pour l'acquit des droits de soulte (4).

1199. Enfin, aux termes de l'art. 3 de la loi du 4 avril 1889, sur le Code rural (titre VI) : « Les propriétaires de chèvres conduites en commun sont solidairement responsables des dommages qu'elles causent » (5).

1200. Il est un cas fort important de solidarité légale que l'on rencontre dans plusieurs codes civils étrangers et qui n'a pas été admis par notre législation. Nous voulons parler de la solidarité entre cohéritiers quant aux dettes de la succession. Le Code civil français décide que ces dettes se divisent

ne fait pas obstacle à ce que le Trésor puisse exercer contre lui l'action solidaire pour le recouvrement d'un droit en sus encouru à raison d'une omission. Sol. adm. enreg., 11 janv. 1872, *Diction. droits d'enreg.*, v° *Succession*, n. 2238.

(1) La loi du 25 mars 1896 ayant attribué aux enfants naturels la qualité d'héritiers (nouvel art. 756 C. civ.), ils sont aujourd'hui débiteurs solidaires des droits de succession.

(2) Trib. civ. Seine, 23 novembre 1861, D. P., 62. 3. 40. — Trib. civ. de Lyon, 20 février 1868, S., 69. 2. 58. — Trib. civ. Havre, 29 août 1872, S., 73. 2. 121, D. P., 74. 3. 86.

(3) La question est très discutée. Une première opinion considère comme des cohéritiers aussi bien les légataires à titre universel que les légataires universels. Une autre ne qualifie de cohéritiers que ces derniers. D'après une troisième, c'est seulement lorsque les légataires universels concourent ensemble ou avec des héritiers légitimes non réservataires, qu'ils sont des cohéritiers. Enfin une quatrième opinion, que nous adoptons, soutient que ni les légataires à titre universel, ni les légataires universels, n'ont la qualité de cohéritiers et que, par conséquent, ils ne sont, ni les uns ni les autres, obligés solidairement au paiement des droits de mutation. Dans ce dernier sens Trib. Bourgoin, 14 août 1847, *Journ. enreg.*, 14.305. — Trib. Seine, 6 déc. 1848, *Journ. enreg.*, 14.676-2; 23 nov. 1861, *Rép. pér. enreg.*, 1.578. — Toulouse, 3 juill. 1862, même Rec., 1.652. — Lyon, 20 fév. 1868, même Rec., 2.767. — Trib. Le Puy, 20 mars 1885, même Rec., 6.656. — V. pour la discussion E. Naquet, *Tr. théor. et prat. des droits d'enreg.*, 2e éd., III, n. 1194, p. 287-291.

(4) Trib. de Vassy, 11 mars 1847, D. P., 47. 3. 176.

(5) Ce texte n'est que la reproduction littérale de l'art. 12, § 3, du tit. II, de la loi des 28 sept.-6 oct. 1791.

de plein droit. Art. 873, 1220. Mais cette division fait naître bien des complications et aggrave singulièrement la condition des créanciers. Beaucoup de ces derniers, qui vont se trouver dans la nécessité de poursuivre des codébiteurs plus ou moins nombreux, n'auraient certainement pas accepté de traiter avec autant de personnes. Aussi plusieurs législateurs prononcent-ils la solidarité entre cohéritiers en ce qui concerne les dettes de la succession. Au surplus, cette disposition peut s'expliquer historiquement. Elle apparaît, en effet, comme une survivance de la solidarité familiale du droit germanique.

Le Code civil allemand pose le principe en ces termes : « Les héritiers sont tenus comme débiteurs solidaires des obligations communes de la masse héréditaire ». Art. 2058. Mais, jusqu'au partage, chacun d'eux peut refuser de les acquitter sur les biens qui lui appartiennent en dehors de sa part dans la succession (1). Il est donc tenu solidairement, mais *intra vires*. Cependant il se peut qu'à raison de certains événements (2), un des cohéritiers soit obligé indéfiniment aux dettes héréditaires. Quand il en est ainsi, les créanciers ne peuvent le poursuivre sur ses biens personnels que jusqu'à concurrence de sa part dans la succession. Toutefois le droit des créanciers d'exiger de tous les cohéritiers le paiement sur la masse indivise demeure entier. Art. 2059. Après le partage, les cohéritiers sont solidairement tenus sur leurs biens propres. Ils ne sont plus admis à requérir la curatelle

(1) Le point de départ adopté par le Code civil allemand quant au règlement du passif successoral est que l'héritier représente, non pas le *de cujus*, mais la masse, et que c'est seulement sur celle-ci qu'il est tenu.

(2) « Le tribunal de la succession, sur la requête d'un créancier de la masse, doit donner un délai à l'héritier pour faire inventaire. Après l'expiration de ce délai, l'héritier répond des obligations de la masse d'une manière illimitée, si l'inventaire n'a pas été fait auparavant ». Art. 1994, al. 1er. « Si l'héritier commet intentionnellement une omission notable dans la déclaration contenue en l'inventaire des objets composant la masse, ou, si, dans l'intention de nuire aux créanciers de la masse, il y porte une obligation non existante, il répond d'une manière illimitée des obligations de la masse. Il en est de même, lorsque, dans le cas de l'art. 2003 (c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de donner les renseignements nécessaires pour la confection de l'inventaire), il refuse les renseignements qu'il est obligé de donner ou qu'intentionnellement il tarde notablement de les fournir ». Art. 2005, al. 1er, traduc. de Meulenaere, p. 538 et 541. — V. art. 2013.

de la succession. Art. 2062. Ils peuvent seulement demander l'ouverture de la faillite, s'ils sont encore dans les conditions exigées par la loi [1]. Les auteurs du code de 1896 ont voulu obliger par là les cohéritiers à payer les dettes avant le partage. Mais la solidarité disparaît à l'égard du créancier, qui a été forclos à la suite de la procédure des publications [2], ou qui ne se présente qu'après cinq ans. Elle disparaît également lorsque la faillite de la succession a été déclarée et qu'elle a pris fin par la distribution de la masse ou par le concordat. Art. 2060.

La solidarité entre cohéritiers quant aux dettes de la succession existe également dans le droit suédois. L'ordonnance royale du 18 septembre 1862, sur le paiement des dettes après décès, etc..., porte : « Les héritiers qui n'ont pas renoncé dans le délai légal [3] et n'ont pas, non plus, demandé la séparation des patrimoines, répondent solidairement des dettes du défunt, à moins qu'ils ne se soient abstenus de toute immixtion dans le patrimoine, ou qu'ils n'aient pas été présents lors de l'inventaire, ou qu'ils ne se soient pas mis en possession, avant ou après, du patrimoine, ou retiré quelque profit de la succession ; dans ces cas, ils seraient libérés de toute obligation aux dettes. — Si le conjoint survivant n'a pas renoncé ni demandé la séparation [4], il est responsable de la même manière que les héritiers ». Art. 20 [5].

Nous devons indiquer aussi le système du Code civil espagnol, qui admet la solidarité dans les conditions suivantes : « Une fois le partage consommé, les créanciers pourront exiger le paiement de leurs dettes pour le tout de chacun des héritiers qui n'auront pas accepté la succession

(1) V. pour la curatelle et la faillite de la masse, art. 1975-1992.

(2) V. pour cette procédure, art. 1970-1974.

(3) ... « Si les dettes sont connues lors de la confection de l'inventaire, le délai de renonciation est d'un mois depuis la clôture de cet inventaire ; si, depuis, d'autres dettes viennent à se révéler, le délai ne court que du jour de la connaissance de ces dettes ». Art. 5, al. 1er. V. les *Codes suédois suivis des lois postérieures promulguées jusqu'à ce jour*, traduc. de la Grasserie, p. 251.

(4) La séparation, dit M. de la Grasserie, correspond au bénéfice d'inventaire du droit français. *Op. cit.*, p. 255, note 2.

(5) Traduction de la Grasserie, p. 254 *in fine*.

sous bénéfice d'inventaire, ou, si l'héritier poursuivi a été admis à ce bénéfice, jusqu'à concurrence de sa portion héréditaire. — Dans l'un et l'autre cas, l'héritier actionné aura droit d'appeler ses cohéritiers à sa garantie, à moins que, par une disposition du testament ou par l'effet du partage, il n'ait été seul chargé du paiement de la dette. » Art. 1084. « Le cohéritier qui aura payé plus que ce qui correspond à sa part dans l'hérédité, pourra réclamer aux autres leur part proportionnelle ». Art. 1085, al. 1er. Avant le partage consommé, les créanciers, reconnus comme tels, peuvent s'opposer à celui-ci jusqu'à ce qu'ils aient été payés ou qu'on leur ait garanti l'importance de leurs créances. Art. 1082.

L'obligation solidaire aux dettes de la succession a été encore admise par le Code civil autrichien (1), le Code civil du canton de Fribourg (2), le Code civil du canton des Grisons (3),

(1) « Plusieurs héritiers entrés en possession d'une succession purement et simplement sont solidairement responsables vis-à-vis des créanciers et des légataires. Ils ne contribuent entre eux qu'en proportion de leur part héréditaire. » Art. 820. — « Si plusieurs cohéritiers ont accepté sous bénéfice d'inventaire la succession, ils sont solidairement responsables de la valeur entière de la succession jusqu'à l'envoi en possession. Mais, après la délivrance, chaque héritier ne répond que pour sa part héréditaire, même des charges qui ne dépassent pas la masse de la succession ». Art. 821. Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, 2e édit. (Paris, 1856), I, p. 82. — « Tous les héritiers sont considérés comme une seule et même personne à l'égard de l'héritage commun ; ils sont tous solidaires en cette qualité jusqu'à la délivrance judiciaire ». Art. 550. *Op. cit.*, I, p. 83.

(2) « S'il y a plusieurs héritiers, ils sont solidaires envers les créanciers de la succession pour toutes les dettes dont elle est grevée, ainsi que pour l'acquittement de tout ce dont ils sont chargés conjointement par le testament ou par la loi ». Art. 965, al. 2. Anthoine de Saint-Joseph, *op. cit.*, IV, p. 128. — Rapprochez art. 975. V. *op. cit.*, IV, p. 129.

(3) « Quand plusieurs héritiers ont accepté l'hérédité, ils sont tenus solidairement (sauf l'application du § 479) envers les créanciers du défunt jusqu'à ce que ces créanciers aient accepté l'un ou l'autre de ces héritiers comme seul débiteur. Entre eux les héritiers sont responsables proportionnellement à leur part héréditaire, de sorte que si seuls quelques-uns d'entre eux sont poursuivis en justice pour le tout, ils ont un recours contre leurs cohéritiers à proportion de leur part héréditaire. En aucun cas ne peuvent être tenus comme responsables envers les créanciers ceux des héritiers qui ont renoncé à la succession », § 477, al. 3 « L'acceptation conditionnelle produit cet effet que l'hérédité passe bien aux héritiers (sous réserves des prescriptions des §§ 480 et 481), mais que ceux-ci sont responsables sans condition et solidairement envers les créanciers et les légataires qui, sur l'interpellation à eux faite, ont produit, et, envers ceux qui ont omis de produire, jus-

par celui du canton de Glaris (1) et par celui du canton de Zurich (2).

On retrouve le même principe dans l'avant-projet de Code civil suisse (3).

Notons enfin que ce principe existait déjà dans la coutume d'Amiens (4) et dans celle de Normandie (5), ce que Pothier considérait comme injustifiable : « Lorsque, disait-il, le défunt a laissé plusieurs héritiers, il y a quelques coutumes *assez déraisonnables* pour les obliger tous solidairement aux dettes du défunt, comme si plusieurs pouvaient succéder *in solidum*

qu'à concurrence du reliquat actif résultant de l'inventaire fait d'office. En tout cas la responsabilité solidaire des héritiers cesse envers ces derniers », § 479. Traduc. de la Grasserie, p. 145 et 146.

(1) « Au regard des créanciers de la succession, chacun des cohéritiers est tenu solidairement du paiement des dettes, sauf son recours contre les autres héritiers pour tout ce qui excède sa part contributoire ». Art. 323. Traduc. Ernest Lehr, *Ann. de législ. étrang.*, 4e année (1875), p. 562.

(2) « Chaque héritier a, vis-à-vis des autres, le droit d'insister pour que les dettes soient, autant que possible, acquittées avant le partage ou du moins que chacune d'elles soit attribuée tout entière à un même héritier. Mais, dans ce dernier cas, les autres héritiers ne sont libérés quant à la dette échue à l'un d'eux qu'autant que le créancier a accepté ce dernier comme débiteur unique. — Tant que cette attribution individuelle n'a pas eu lieu, le créancier peut désigner l'un quelconque des héritiers codébiteurs comme représentant des autres auprès de lui. Cette désignation toutefois, pour sortir effet, doit précéder tout acte de poursuites ». Art. 967. Traduc. Ernest Lehr, p. 236.

(3) *Code civil suisse. Avant-projet du département fédéral de justice et de police* (Berne, 1900). « Les héritiers sont tenus solidairement des dettes du défunt ». Art. 616 : Toutefois : « En cas de liquidation officielle, les héritiers ne sont pas tenus des dettes de la succession ». Art. 605, al. 3 (Pour l'organisation de la liquidation officielle, voir art. 605-610). Pris dans son ensemble, le système de l'avant-projet suisse, quant à l'obligation aux dettes héréditaires, ressemble beaucoup à celui du Code civil allemand.

(4) Coutume du bailliage d'Amiens : « Si aucun au jour de son trépas délaisse plusieurs héritiers, lesquels à ce titre aient appréhendé ses biens, les créanciers du défunt peuvent, si bon leur semble, s'adresser pour avoir paiement de leur dû contre l'un des héritiers dudit detteur pour le tout et contre lui seul faire poursuite et le contraindre à payer le total dudit dû ; mais icelui héritier a son recours contre ses cohéritiers et chacun d'eux pour leurs portions héréditaires ». Art. 159. — « Et s'il y a plusieurs prenants à titre universel les meubles (du défunt), chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours à l'encontre des autres ». Même cout., art. 91.

(5) « Les héritiers sont obligés solidairement et personnellement aux dettes du défunt, sauf leur recours contre leurs cohéritiers pour la part que chacun d'eux a eue en la succession ». Réglement de 1666, art. 130. — Basnage, sur l'art. CCXXXV de la Cout. de Normandie, *Œuvres*, 4e édit. (1778), II, p. 394, col. 2.

aux droits d'une personne » [1]. Mais nous avons dit qu'on peut donner de cette disposition un motif très satisfaisant. La critique de Pothier n'était donc pas fondée.

III. *Des effets de la solidarité passive.*

1201. Pour déterminer les effets de la solidarité passive, nous devons envisager d'abord les rapports des codébiteurs avec le créancier, puis les rapports des codébiteurs entre eux. La situation de ces derniers varie suivant qu'on se place à l'un ou à l'autre de ces points de vue.

A. *Des rapports des codébiteurs avec le créancier.*

1202. D'après certains auteurs, les effets dont nous allons parler s'expliquent tous ou par l'unité d'objet ou par la pluralité de liens [2]. Mais, à notre avis, cela n'est vrai que pour certains d'entre eux. Il en est plusieurs dont on ne peut rendre compte que d'une façon toute différente : ils supposent que les codébiteurs se représentent réciproquement les uns les autres. Nous grouperons dans une catégorie spéciale ces derniers effets.

1. *Effets découlant soit de l'unité d'objet, soit de la pluralité des liens.*

1203. Chacun des débiteurs peut être « contraint pour la totalité ». Art. **1200**. C'est là l'effet principal, l'effet essentiel de la solidarité passive. Il découle de l'unité d'objet : Ainsi, au point de vue de l'étendue de son obligation, chaque débiteur est dans la même situation que s'il était débiteur unique. Et, en conséquence : « *Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division* » (art. **1203**), c'est-à-dire sans qu'il puisse exiger que le créancier divise préalablement son action en autant de parts viriles qu'il y a de codébiteurs.

Mais pourquoi le législateur s'est-il expliqué sur ce dernier point ? N'allait-il pas de soi que le débiteur poursuivi

[1] Pothier, *Success.*, ch. V, art. 3, § 2 (édit. Dupin, VII, p. 257).
[2] Notamment Huc, VII, n. 316 s.

ne pouvait pas opposer le bénéfice de division ? La solidarité passive n'a-t-elle pas pour but de soustraire le créancier à la nécessité de fractionner la poursuite, et ne faut-il pas dire que le bénéfice de division est inconciliable avec l'idée même de solidarité? Sans doute, mais, comme ce bénéfice est accordé par le législateur à chacune des personnes qui « se sont rendues cautions du même débiteur pour une même dette » (art. 2025 et 2026), on aurait pu supposer qu'il appartenait aux débiteurs solidaires. Ces derniers, il est vrai, ne sauraient être assimilés à des cautions : chacun d'entre eux se trouve obligé comme s'il était seul débiteur, tandis que, lorsqu'il existe plusieurs cautions de la même dette, on ne saurait prétendre que chacune d'entre elles a entendu être obligée, comme si elle avait, seule, garanti le paiement. N'importe, si les débiteurs solidaires ne sont pas dans une situation identique à celle des personnes qui se sont rendues cautions du même débiteur, ils sont, du moins, dans une situation analogue. De plus, Pothier ne résout pas la question d'une façon catégorique. Il dit simplement : « *Je ne pense pas* que les codébiteurs, qui se sont obligés solidairement, aient entre eux le bénéfice de division... » (1). Tout cela aurait pu faire naître le doute. Voilà pourquoi le législateur a tenu à s'expliquer sur ce point.

1204. Autre est la question de savoir si le débiteur solidaire poursuivi peut opposer l'exception dilatoire de garantie et demander un délai pour appeler en cause ses codébiteurs. La doctrine est à peu près unanime dans le sens de l'affirmative. « Celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garantie, dit l'art. 175 C. pr. civ., sera tenu de le faire dans la huitaine

(1) V. notam. Pothier, *Oblig.*, n. 270, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 132). — Despeisses va même jusqu'à dire : « Lorsqu'il y plusieurs débiteurs d'une même dette, chacun n'est tenu que pour sa part, non seulement lorsqu'ils ne sont obligés que chacun pour sa part et non pas solidairement..., ou bien qu'ils se sont simplement obligés sans dire solidairement ni chacun pour sa part..., mais aussi *bien qu'ils se soient obligés solidairement chacun seul et pour le tout, car ils peuvent opposer le bénéfice de division que le droit leur accorde* ». Et Despeisses cite plusieurs autorités en ce sens, notamment Masuer, Bouvot, Bacquet, un arrêt de la Cour des Aydes de Montpellier, du 28 février 1592, et un arrêt du Parlement de Paris, du 16 juillet 1514. *Œuvres* (nouvelle édit. 1750), I, p. 204, col. 2, n. 30.

du jour de la demande originaire... ». Les codébiteurs solidaires ne sont-ils pas garants les uns des autres (art. 1213)? La disposition de l'art. 175 est générale; pourquoi ne leur serait-elle pas applicable? M. Laurent objecte que chaque débiteur solidaire est obligé comme s'il était débiteur unique et que cela fait obstacle à ce qu'il puisse demander un délai pour mettre en cause ses codébiteurs.

A notre avis, c'est aller trop loin. Le débiteur poursuivi qui oppose l'exception dilatoire, ne dénie point au créancier le droit de lui réclamer le total de la créance. Il demande simplement un délai, afin qu'il soit statué par un même jugement sur les conclusions du créancier et sur le recours qu'il peut former contre ses codébiteurs.

M. Laurent insiste : L'art. 175, fait-il observer, se borne à régler un point de procédure, le délai dans lequel le recours doit être formé; il ne dit point qui peut demander la mise en cause. Nous répondons : L'art. 175 parle en termes généraux de « celui qui prétendra avoir le droit d'appeler en garantie ». Or il résulte bien de l'art. 1213 que les débiteurs solidaires sont garants les uns des autres : « L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, *qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion* ». Le débiteur poursuivi est donc fondé à prétendre qu'il a le droit d'appeler à sa garantie ses codébiteurs (1).

1205. Il faut décider aussi et par les mêmes motifs que les codébiteurs non poursuivis par le créancier peuvent, de leur côté, intervenir dans l'instance pour la défense et la conservation soit de leurs intérêts particuliers, soit des intérêts communs (2).

1206. Quand l'art. 1203 reconnaît au créancier la faculté

(1) *Sic* Duranton, XI, n. 215; Duvergier sur Toullier, III, n. 738, note *a;* Rodière, *op. cit.*, n. 132; Colmet de Santerre, V, n. 136 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, p. 28; Larombière, p. 425 (art. 1203, n. 4); Demolombe, XXVI, n. 316; Vigié, II, n. 1455, p. 659; Huc, VII, n. 316, p. 425. — *Adde* Giorgi, *op. cit.*, I, n. 145. — *Contra* Laurent, XVII, n. 297.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 28; Larombière, III, p. 425 (art. 1203, n. 4, al. 2); Demolombe, XXVI, n. 317; Huc, VII, n. 316, p. 425. — Bordeaux, 19 août 1826, D. *Rép. alph.*, v° *Rente viagère*, n. 133.

de poursuivre celui des codébiteurs qu'il lui conviendra, il suppose évidemment que l'obligation est exigible à l'égard de tous. Si quelques-uns d'entre eux ne sont obligés qu'à terme ou sous condition, c'est seulement après l'échéance ou dans le cas où l'événement prévu viendrait à s'accomplir qu'ils pourront être poursuivis.

1207. Il n'est pas douteux, en ce qui concerne la solidarité passive conventionnelle, que les parties peuvent, par des clauses particulières, atténuer, à leur convenance, la rigueur des principes et stipuler que les codébiteurs seront poursuivis simultanément ou successivement, dans un ordre par elles déterminé ([1]).

1208. Mais, en principe, nous le répétons, le créancier a le droit de s'adresser à celui des codébiteurs qu'il veut choisir. Il s'ensuit que, lorsqu'une obligation est contractée solidairement par plusieurs personnes sous la garantie d'une hypothèque conférée sur des immeubles propres à l'une d'elles, le créancier peut, alors même qu'il a le moyen d'obtenir un paiement intégral en exerçant son droit hypothécaire, s'en abstenir et s'adresser aux codébiteurs qui n'ont pas constitué l'hypothèque. On ne saurait admettre que la constitution d'hypothèque a eu pour effet de lui faire perdre les droits qu'il aurait eus s'il n'avait pas obtenu cette garantie ([2]).

1209. De ce que le créancier a le droit de poursuivre chacun des débiteurs solidaires pour la totalité de la créance, il ne faut point conclure qu'il peut, à plus forte raison, exiger de l'un d'entre eux un paiement partiel, par exemple le paiement de sa part virile, ou refuser le paiement intégral qui lui serait offert par l'un d'entre eux. Le créancier ne saurait diviser la dette malgré les codébiteurs. Nous entendons par là que, nonobstant la division qu'il ferait de la dette, chaque débiteur pourrait toujours libérer les autres en payant intégralement, et qu'il aurait, de plein droit, le bénéfice de la subrogation. Peu importe qu'en fait il y ait avantage pour le créancier à diviser la dette. On objecte que c'est dans son

([1]) Larombière, III, p. 425 (art. 1203, n. 3); Demolombe, XXVI, n. 315; Huc, VII, n. 316, p. 425.

([2]) Req., 20 juil. 1897, S., 99. 1. 329, D. P., 98. 1. 357.

intérêt que la solidarité passive est établie. Cette proposition n'est pas contestable, mais il n'en est pas moins vrai que, lorsque la solidarité existe, elle doit produire tous ses effets. Or, elle a pour effet essentiel de mettre chacun des codébiteurs, au point de vue du paiement, dans la même situation que s'il était débiteur unique. Elle lui confère donc le droit de contraindre au besoin le créancier à recevoir la créance [1].

1210. Le principe de la pluralité de liens dans la solidarité passive a pour conséquence nécessaire que : « *Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres* ». Art. **1204**. Dans l'ancien droit romain, il en était autrement. La *litis contestatio* éteignait le droit déduit *in judicium* et rendait, par suite, non recevable toute nouvelle action relative à ce droit. Sans doute, elle le remplaçait par le droit d'obtenir la sentence ; mais celui-ci n'existait pas au regard des tiers. Or, au cas de solidarité passive, les coobligés du débiteur poursuivi étaient des tiers, puisqu'ils n'étaient pas compris dans la poursuite [2]. Mais Justinien décida que, nonobstant la demande formée contre l'un des *correi,* le créancier conserverait toutes ses actions au regard des autres [3]. Le vieux principe, à peine est-il besoin de le dire, ne fut point rétabli dans notre ancien droit. Le Code eût-il gardé le silence à son égard, il n'aurait pu venir à l'esprit de personne que ce principe était aujourd'hui en vigueur. La disposition de l'art. **1204** est donc une superfétation. Si le législateur l'a écrite, c'est parce que Pothier, son guide, reproduisait la décision de Justinien [4].

1211. Il est évident, d'ailleurs, que si la dette a été entièrement payée par l'un des débiteurs solidaires, le créancier n'a plus le droit d'agir contre les autres.

(1) *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 27 *in fine;* Larombière, III, p. 428 (art. 1204, n. 4) ; Demolombe, XXVI, n. 318. — Bordeaux, 14 avril 1825, et Req., 15 mars 1827, S. chr., VIII. 1. 550, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, I, n. 1389. — Cpr. Civ. rej., 25 mars 1896, S., 1900. 1. 123, D. P., 96. 1. 295. — *Contra* Laurent, XVII, n. 298. *Adde* Giorgi, *op. cit.*, I, n. 141 *bis*.

(2) Demangeat, *Des oblig. solid. en dr. romain*, I, p. 71-72 ; Gérardin, *op. cit.*, dans *Nouv. rev. hist. de dr. franç. et étr.*, 8e année (1884), p. 253 *in fine* à p. 266 Accarias, *op. cit.*, II, n. 550, p. 145 ; Girard, *op. cit.*, 2e édit., p. 725.

(3) L. 28, C., *De fidejussoribus*, VIII, 40.

(4) Pothier, *Oblig.*, n. 271 (édit. Dupin, I, p. 132).

Il est évident aussi que, s'il a reçu de l'un des codébiteurs une partie de la créance, il n'est admis à en poursuivre un autre que déduction faite de l'acompte.

C'est qu'en effet, si, d'une part, la solidarité passive a pour but de garantir au créancier le paiement intégral, d'autre part, elle ne tend à lui faire obtenir ce paiement qu'une fois.

Si nous rappelons des principes aussi élémentaires, c'est avant tout pour faire observer que le législateur y a dérogé dans l'art. 542 C. com., dont voici les termes : « Le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli (ou le liquidé) et d'autres coobligés qui sont en faillite (ou en liquidation judiciaire), participera aux distributions dans toutes les masses et y figurera pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait paiement » (1). — V. aussi art. 543 et 544. — Pourquoi le créancier qui a touché un dividende dans la faillite de l'un des débiteurs solidaires, peut-il néanmoins produire pour l'intégralité de la créance dans la faillite de chacun des autres coobligés? Quelle est exactement l'hypothèse prévue par l'art. 542? Faut-il qu'il s'agisse de faillites simultanées, c'est-à-dire de faillites qui se trouvent ouvertes en même temps (2)? L'art. 542 s'applique-t-il, au contraire, quand les faillites sont successives, c'est-à-dire quand certaines n'ont été ouvertes qu'après la clôture des autres? Si, pendant la marche de la faillite d'un débiteur solidaire, un codébiteur non failli paie un acompte, le créancier doit-il réduire d'autant sa production dans ladite faillite? Faut-il dire, au contraire, que, même alors, l'art. 542 est applicable? La solution doit-elle être la même quand le paiement partiel, fait après que l'un des coobligés a été déclaré en faillite, émane d'un tiers non tenu de la dette? Enfin doit-on étendre la disposition de l'art 542 au cas où des codébiteurs solidaires non commerçants sont en déconfiture? Nous

(1) Les questions que soulèvent l'application de l'art. 542 se posent, non seulement lorsque la dette est solidaire, mais encore lorsqu'elle est garantie par un cautionnement.

(2) Pour que les faillites soient simultanées, il n'est point nécessaire qu'elles aient été déclarées à la même époque. Il suffit qu'à un certain moment elles se trouvent toutes à la fois en état de liquidation.

ne faisons qu'indiquer ces diverses questions, toutes fort controversées. Leur examen nous obligerait à introduire dans notre exposé une dissertation dont la place est dans les traités de droit commercial [1].

1212. Le créancier peut, au lieu de ne poursuivre qu'un des codébiteurs, agir contre tous simultanément, en vue d'obtenir un jugement commun à tous. Chacun des débiteurs solidaires, sans doute, doit être considéré comme s'il était débiteur unique, mais il est vrai également que tous, pris ensemble, ne constituent dans leurs rapports avec le créancier, qu'un seul débiteur [2].

D'ailleurs le créancier qui ne veut pas borner sa poursuite à l'un des débiteurs solidaires n'est pas obligé d'agir contre tous à la fois. Il peut limiter la demande à quelques-uns d'entre eux. On ne voit pas, en effet, pourquoi il serait dans l'alternative de les poursuivre tous simultanément ou de n'en poursuivre qu'un [3].

Lorsque le créancier comprend dans une même poursuite tous les codébiteurs ou quelques-uns d'entre eux, il peut les assigner devant le même tribunal. Dans ce cas, pour que le tribunal soit compétent, il suffit qu'il eût pu être saisi de l'action au regard de l'un des débiteurs assignés, si celui-ci avait été seul poursuivi.

Quand le créancier assigne séparément chacun des codébiteurs devant des tribunaux différents, ils sont admis à demander, pour cause de connexité, leur renvoi devant le tribunal saisi le premier. Ils peuvent, en effet, au point de vue de leur défense, avoir intérêt à ce qu'il soit statué au regard de tous par un jugement commun.

Par la même raison, si le créancier assignait les codébiteurs ou quelques-uns d'entre eux séparément devant le même tribunal, il y aurait lieu à la jonction des instances.

(1) V. en sens divers Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit comm.*, II, n. 3061-3068, p. 880-889, et *Tr. de droit comm.*, VIII, n. 919-933, p. 194-215, et les auteurs par eux cités. — *Adde* Valabrègue, *Nouv. cours de droit comm.*, n. 388, p. 528-533; Thaller, *Tr. élémentaire de dr. comm.*, n. 1922-1935, p. 988-997. — V. aussi Larombière, III, p. 428-430 (art. 1204, n. 5); Demolombe, XXVI, n. 323-340.

(2) Larombière, III, p. 426 (art. 1204, n. 1); Demolombe, XXVI, n. 321.

(3) Larombière, III, p. 427 (art. 1204, n. 3); Demolombe, *loc. cit.*

2. Effets qui s'expliquent par l'idée que les codébiteurs se représentent les uns les autres.

1213. Plusieurs effets que la solidarité passive produit dans les rapports des codébiteurs avec le créancier, ne sauraient s'expliquer par l'idée d'unité de l'obligation. Ils supposent que les codébiteurs se représentent les uns les autres, du moins dans une certaine mesure. Tels sont, nous le verrons, les effets indiqués par les art. **1205**, **1206** et **1207**. De plus, si l'on admet, comme le font la jurisprudence et une partie de la doctrine, que la chose jugée à l'égard de l'un des débiteurs solidaires peut être invoquée par les autres ou leur être opposée, voilà un autre effet pour lequel il faut recourir à la même explication [1].

Le principe de l'unité d'obligation suffit, sans doute, pour décider que les poursuites exercées contre un seul des codébiteurs doit avoir effet pour le total de la dette ; mais ce principe, disons-nous, ne montre certainement pas pourquoi les poursuites exercées contre un seul des codébiteurs ont effet contre les autres. La solidarité n'exclut pas la pluralité des liens. Il semble donc que pour mettre tous les codébiteurs en demeure, le créancier devrait faire autant d'actes distincts qu'il y a de coobligés. Pour que l'action intentée contre l'un de ceux-ci opère contre les autres, il faut qu'ils se représentent réciproquement [2].

On a dit, pour discréditer cette explication, qu'elle avait été imaginée à une époque relativement récente ; qu'elle n'avait été donnée par aucun de nos anciens auteurs. C'est inexact. M. Eustache Pilon a établi, dans sa remarquable thèse, qu'elle remontait à la fin du XVIIe siècle [3], et il cite à l'appui de cette proposition, un passage du *Traité de la subro-*

[1] V. *infra*, n. 1231.

[2] « Cette fois, l'idée de mandat réciproque est forcément en jeu (à propos de l'effet de la chose jugée) : on sait que les auteurs du Code civil ont dû *certainement* se placer à ce point de vue pour admettre le contre-coup à l'égard de tous les débiteurs de certains actes imputables à un seul ; ... ils ont admis pour certains actes cette présomption de mandat ». Saleilles, *op. cit.*, n. 118, p. 111. — *Adde* Vigié, II, n. 1458. — Cpr. Planiol, II, n. 785.

[3] Eustache Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations* (thèse pour le doctorat), Caen, 1897, p. 252-253, n. 176.

gation, par Renusson, ouvrage dont la première édition parut en 1685. Nous citerons à notre tour ce passage un peu plus loin. Mais voici un autre extrait du même traité. L'idée générale y est très nettement formulée : « L'obligation solidaire que deux ou plusieurs contractent, dit Renusson, est une espèce d'obligation particulière qu'ils font ensemble, et par cette raison le fait de l'un est le fait des autres, et ce qui est fait contre l'un est censé fait contre les autres, pour ce qui regarde cette obligation commune qu'ils ont contractée ensemble, s'étant obligés tous solidairement les uns pour les autres, *ils sont considérés comme mandataires les uns des autres...* » (1). Renusson n'a point, d'ailleurs, été le seul à raisonner ainsi. Dunod et Chabrol, ainsi que M. Pilon l'a encore signalé le premier, estiment que les débiteurs solidaires sont censés s'être donné un *mandat* réciproque (2). Aux citations faites par M. Pilon, nous en ajouterons bientôt une de Bretonnier, dont nous nous bornons, pour le moment, à extraire ces quelques mots : « Un seul des coobligés (solidaires) *représente* tous les autres » (3).

Cette explication se retrouve dans les commentaires du Code civil. Dès 1814, Toullier déclarait que, lorsqu'il s'agissait de rendre compte de certains effets de la solidarité passive, la raison tirée du principe de l'unité d'obligation était « faible et insuffisante ». « Il faut donc chercher une raison plus concluante », disait-il. Et il ajoutait : « Lorsque plusieurs débiteurs s'obligent solidairement par un seul et même contrat à une seule et même dette, ils se mettent par cela même en société pour ce qui concerne cette dette, ils se chargent mutuellement par un *mandat tacite, mais réel,* de payer les uns pour les autres... En agissant contre un seul, le créancier

(1) Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, chap. VII, n. 31 ; dans les *Œuvres complètes*, nouvelle édition (1760), 5e partie, p. 48, col. 1.

(2) Pour la citation de Dunod, voir *infra*, n. 1214. — Voici le texte de Chabrol : « Il en est des héritiers du débiteur *comme des coobligés*, même tant qu'il n'ont pas fait le partage. Ils sont *censés mandataires les uns des autres* à cet égard ». Sur l'art. 218 de la coutume d'Auvergne (1784).

(3) V. *infra*, n. 1214.

agit contre le *mandataire de tous*, contre la caution de tous (art. 2250) : l'interruption de prescription doit donc produire son effet contre tous. La disposition de la loi, lorsqu'elle prononce la solidarité, opère le même effet que le contrat » (1). La plupart des interprètes qui ont écrit après Toullier, raisonnent de même (2).

Quel est exactement le mandat que les débiteurs solidaires sont censés s'être donné réciproquement? Quelle est son étendue? De nombreux auteurs répondent que ces débiteurs sont mandataires les uns des autres « *ad conservandam vel perpetuandam obligationem, non ad augendam* » (3). Ils ont

(1) Toullier, VI, n. 729. — V. aussi Merlin, *Quest. de droit*, v° *Chose jugée*, § 8, n. 2 et 3.

(2) Cependant, c'est en 1873 seulement que la jurisprudence a formulé pour la première fois le principe de la représentation réciproque des codébiteurs solidaires : « Attendu, dit la cour de cassation, dans une décision rendue le 15 janvier de ladite année, qu'en conférant, d'une part, au créancier de l'obligation solidaire le droit de contraindre celui des débiteurs qu'il veut choisir pour la totalité et d'interrompre la prescription à l'égard de tous par les poursuites faites contre l'un d'eux; en autorisant, d'autre part, le codébiteur poursuivi à opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, ainsi que celles qui sont communes à tous les coobligés, les art. 1202, 1203, 1204, 1206 et 1208 C. civ. font de chacun d'eux *le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses consorts*, en tant que ceux-ci n'ont à opposer aucunes exceptions qui leur soient personnelles ». Civ. cass., 15 janv. 1873, S., 93. 1. 82 (en sous-note); D. P., 73. 1. 249. — *Adde* Civ. rej., 28 déc. 1881, S., 83. 1. 465, D. P., 82. 1. 377. — Civ. cass., 1er déc. 1885, S., 86. 1. 55, D. P., 86. 1. 251. — L'idée a été reprise et élargie par la cour d'Agen, dans un arrêt du 28 octobre 1891 : « Attendu qu'il n'est pas exact de prétendre... que la règle qui rend les codébiteurs solidaires réciproquement mandants et mandataires les uns des autres envers le créancier, doive être bornée aux cas prévus par les art. 1205, 1206 et 1207 C. civ.; — que ces articles ne sont nullement limitatifs; qu'ils sont l'application du principe de la solidarité entre codébiteurs, laquelle tient essentiellement du mandat et de la société et fait que chaque débiteur solidaire étant débiteur de la dette contractée par tous, comme s'il l'avait contractée seul, il en résulte, dans l'intérêt du créancier, un mandat consenti par chacun des codébiteurs de représenter les autres, en même temps qu'une association ne formant, au regard du créancier, qu'une seule personne représentant tous les débiteurs solidaires; d'où la conséquence que, dans la limite de la dette, chaque débiteur représente son coobligé : c'est un associé qui a la signature sociale et en use à la condition, bien entendu, de ne pas rendre la situation pire, en telle sorte que la reconnaissance de la dette faite par l'un des codébiteurs solidaires vaut comme si elle avait été faite par tous...; que c'est ainsi que la reconnaissance de la dette par l'un des débiteurs solidaires interrompt la prescription contre tous les autres... ». D. P., 93. 2. 540.

(3) V. Marcadé, IV, n. 608, al. 3, n. 609-611; Demolombe, XXVI, n. 341; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, II, n. 972. — Cpr. Thiry, III, n. 23, p. 29.

emprunté cette formule à Pothier (1), qui, lui-même, l'avait empruntée à Dumoulin (2). Mais ils lui ont attribué une portée que ces deux jurisconsultes ne lui donnaient pas. Dumoulin et Pothier, en s'exprimant ainsi, voulaient simplement déterminer les effets que la demeure ou la faute de l'un des débiteurs solidaires devait avoir à l'égard des autres (3). Ils n'entendaient pas délimiter l'étendue d'un mandat réciproque entre ces débiteurs.

Cependant, si Dumoulin et Pothier ne donnaient pas à leur formule le sens qu'on lui attribue aujourd'hui, il serait inexact de prétendre que la théorie des interprètes modernes était inconnue de nos vieux jurisconsultes. Renusson disait, en effet : « Ils (les débiteurs solidaires) sont considérés comme *mandataires respectivement les uns des autres.* Pour ce qui regarde l'obligation commune, ce qui est fait contre l'un est réputé fait contre tous, quand ce qui est fait *ne va qu'à conserver la dette, et non pas* à la faire changer de nature ou *à l'augmenter* » (4). N'est-ce pas l'idée que l'on trouve exprimée dans les commentaires du Code? La formule de Renusson, bien qu'elle paraisse directement inspirée par celle de Dumoulin, s'applique au mandat réciproque des débiteurs solidaires.

Cependant on adresse à la théorie que nous venons d'exposer la critique suivante : N'est-il pas étrange de considérer les débiteurs solidaires comme mandataires les uns des autres à l'effet *de conserver et de perpétuer* leur obligation? peut-on raisonnablement présumer l'existence d'un pareil mandat? n'est-il pas évident que les codébiteurs n'ont point intérêt à se le donner ou plutôt que leur intérêt leur commande de ne pas se le donner (5)? D'ailleurs, dans certains cas, il est contraire à l'évidence d'admettre la possibilité du mandat qu'on allègue. Avant la loi du 5 janvier 1883 les divers locataires d'une maison étaient solidairement responsables de l'in-

(1) *Oblig.*, n. 273 (éd. Dupin, I, p. 133).

(2) *Tract. de div. et indiv.*, 3e part., n. 126 127.

(3) V. *infra*, n. 1224.

(4) Renusson, *op. cit.*, chap. VII, n. 27, p. 195; dans les *Œuvres complètes*, 5e partie, p. 47, col. 2.

(5) Arntz, III, n. 124, p. 70; Huc, VII, n. 329. — Cpr. Planiol, II, n. 788-789, p. 233.

cendie. Or il se pouvait qu'ils n'eussent pas traité ensemble avec le bailleur et même qu'ils ne se connussent pas. Conçoit-on que, dans cette hypothèse, il soit question d'un mandat?

Sous l'influence de cette critique, M. Larombière a modifié ainsi la formule classique : « La solidarité entre débiteurs... repose sur la pensée d'un mandat réciproque et mutuel que les codébiteurs sont censés s'être donné l'un à l'autre pour se représenter dans tout ce qui concerne l'exécution de leur engagement commun... *Chaque codébiteur peut rendre meilleure la position de ses consorts, mais... il ne peut la rendre pire par son fait personnel* » (1). Et à son tour, la cour de cassation, dans un arrêt du 16 décembre 1891, a formulé le même principe en ces termes : « En règle générale, et sauf les exceptions pouvant résulter d'une disposition expresse ou virtuelle de la loi, le mandat que les débiteurs solidaires sont réputés se donner entre eux, s'il leur permet d'améliorer la condition de tous, n'a pas pour effet de pouvoir nuire à la condition d'aucun d'eux » (2).

Mais nous ne croyons point qu'on doive se placer à ce dernier point de vue. Cette conception d'un mandat qui n'est valable qu'en tant que le mandataire améliore la situation du

(1) Larombière, III, p. 389 (art. 1200, n. 4).

(2) Civ. cass., 16 déc. 1891, S., 93. 1. 81, D. P., 92. 1. 177, *Pand. franç.*, 92. 1. 211. — MM. Aubry et Rau paraissent combiner les deux idées. Ils posent, en effet, d'abord le principe suivant : « Les codébiteurs solidaires étant tenus les uns pour les autres et chacun pour tous au total de la dette, doivent par cela même être considérés, dans leurs rapports collectifs avec le créancier, comme se représentant réciproquement les uns les autres. Cette représentation, qui a lieu dans l'intérêt du créancier vis-à-vis des différents codébiteurs solidaires, existe également contre lui dans l'intérêt de ces derniers, le tout dans les limites et d'après les distinctions qui vont être indiquées. *Les codébiteurs solidaires se représentent les uns les autres, dans l'intérêt du créancier, pour tout ce qui est relatif à la conservation et à la poursuite de ses droits,* de sorte que ce qui, sous ce rapport, a été fait avec ou par l'un d'eux, est censé fait avec ou par tous les autres ». IV, p. 28. Mais, un peu plus loin, ils formulent cette autre proposition : « Les codébiteurs solidaires étant, à raison de la solidarité même, unis d'intérêt quant à la dette commune, *sont réputés mandataires les uns des autres, pour tout ce qui tend à améliorer leur condition vis-à-vis du créancier.* Ainsi, ils sont tous admis à se prévaloir de la transaction conclue par l'un d'eux, du jugement qu'il a obtenu, du serment qu'il a prêté, et du refus du créancier de prêter celui qu'il lui a déféré, à supposer, bien entendu, que ces divers actes se rapportent à l'obligation commune, et non pas seulement à l'engagement de l'un des débiteurs ». IV, p. 31.

mandant aboutit à des résultats inadmissibles, notamment en matière de chose jugée [1].

Au fond la formule généralement adoptée peut fort bien se justifier, que la solidarité soit conventionnelle, ou qu'elle soit légale. Dans le premier cas, il n'y a rien d'extraordinaire à ce que les codébiteurs soient considérés comme s'étant donné réciproquement un mandat dont le créancier a fait une condition essentielle de la convention : du moment qu'ils ont voulu traiter, ils ont dû subir l'exigence de ce dernier. Dans le second cas, le mandat a le caractère de mandat légal, et, comme il est imposé par la loi dans l'intérêt du créancier, on comprend très bien qu'il tende à conserver la créance [2].

1214. L'art. **1206** porte que : « *Les poursuites faites contre* » *l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à* » *l'égard de tous* ». Avant Justinien la question était discutée, mais ce prince l'a résolue dans ce sens [3], et sa décision est devenue traditionnelle. Pothier estime qu'elle découle du principe de l'unité d'obligation : « L'interpellation qui est faite à l'un des débiteurs solidaires, dit-il, interrompt le cours de la prescription contre tous les autres... *C'est encore une conséquence de ce que chacun des débiteurs est débiteur du total.* Car le créancier, en l'interpellant, l'a interpellé pour le total de la dette. Il a donc interrompu la prescription pour le total de la dette, même à l'égard des débiteurs qu'il n'a pas interpellés, lesquels ne pourraient opposer une prescription contre le créancier que sur ce qu'il n'aurait pas usé de son droit pour la dette dont ils sont tenus : mais ils ne peuvent le prétendre, puisque *la dette dont ils sont tenus est la même que celle pour laquelle leur codébiteur a été interpellé pour le total* » [4]. Cette explication n'est pas satisfaisante. Le principe de l'unité d'obligation ne conduit point à décider que

(1) V. *infra*, n. 1231.

(2) Au surplus, comme nous l'exposerons, il n'est pas impossible de soutenir que, dans les cas de solidarité légale, les codébiteurs doivent être considérés comme ayant formé entre eux une association tacite. — V. *infra*, n. 1293.

(3) L. 5, C., *De duobus reis*, VIII, XL.

(4) Pothier, *Oblig.*, n. 272 (édit. Dupin, I, p. 133). — *Sic* Larombière, III, p. 439, (art. 1206, n. 1). — Cpr. Huc, VII, n. 319, p. 430; Pilon, *op. cit.*, n. 181, p. 261, et n. 182.

l'interruption de la prescription a un effet absolu. Il y a, dans l'obligation solidaire, autant de liens et, par conséquent, d'actions que de débiteurs. On ne voit donc pas, si l'on ne fait pas appel à une autre idée, pourquoi l'interpellation adressée à un seul des débiteurs solidaires interromprait la prescription à l'égard des autres (1). Aussi certains de nos anciens auteurs croyaient-ils devoir justifier autrement la décision dont il s'agit : « Cette loi (la constitution de Justinien) disait Renusson, est fondée en grande raison, car un débiteur qui a contracté une obligation solidaire avec d'autres, ne peut pas ignorer la qualité de son obligation, il sait que le créancier peut s'adresser à chacun d'eux, il sait qu'il est obligé : on présume qu'étant tous obligés à la même dette et pour mêmes causes, ils se communiquent tout ce qui les regarde en commun; *ils sont considérés comme mandataires respectivement les uns des autres* » (2). Et, plus tard, Dunod disait également : « Comme l'on peut exiger la dette entière d'un seul (débiteur solidaire), l'interruption peut se faire avec lui par une juste conséquence, *comme étant chargé du mandat des autres* » (3). La plupart des interprètes du Code civil raisonnent de même pour expliquer la disposition de l'art. 1206 (4).

(1) Laurent, XVII, n. 304, p. 305; Saleilles, *op. cit.*, n. 120, p. 115.

(2) Renusson, *op. cit.*, ch. VII, n. 27, p. 195 (dans les *Œuvres complètes*, 5e part., p. 47, col. 2). — V. aussi même ouvrage, n. 29 et 31.

(3) Dunod de Charnage, *Des prescriptions*, etc., 1re édit., 1730, 4e édit., 1815, p. 58 *in fine*. — Sur cette question de l'interruption de la prescription à l'égard de tous les débiteurs solidaires par l'effet des poursuites dirigées contre l'un d'eux, Bourjon s'exprimait ainsi : « *De cette espèce de société que produit la solidarité*, il résulte que les poursuites faites contre l'un d'eux interrompent le cours de la prescription par rapport aux autres; l'égalité sur ce de leur condition et l'*espèce d'association qu'ils ont formée entre eux*, ont conduit là ». S'il ne recourait pas à l'idée de mandat, il la faisait du moins pressentir en faisant intervenir celle de société. Il ajoutait, il est vrai, un autre motif : « Il y a, disait-il, une autre raison qui fonde cette résolution que la poursuite contre l'un interrompt le cours de la prescription contre les autres ; c'est que le créancier a droit d'exercer ceux de son débiteur, et que celui qui a été poursuivi, ayant un recours contre les autres, le créancier peut l'exercer du chef de son débiteur; ce qui écarte la prescription par rapport à tous, comme cela l'interrompt par rapport à celui qui a été poursuivi ; cette raison me paraît plus convaincante que les autres ». *Droit commun de la France*, liv. VI, tit. I, ch. IV, n. 21 et 22, t. II, p. 430.

(4) Duranton, XI, n. 216, al. 2, p. 255; Marcadé, IV, n. 610; Aubry et Rau, IV,

1215. D'ailleurs, au point de vue de l'effet interruptif de la prescription, il faut assimiler la reconnaissance faite par l'un des codébiteurs aux poursuites dirigées contre l'un d'entre eux. Sur ce point, l'art. **1206** est complété par l'art. **2249**, al. **1**. On lit dans ce dernier texte : « L'interpellation faite, conformément aux articles ci-dessus, à l'un des débiteurs solidaires, *ou sa reconnaissance,* interrompt la prescription contre tous les autres, même contre leurs héritiers ». Cette décision allait de soi puisque l'art. **2248** place la reconnaissance au nombre des actes interruptifs de la prescription (1).

1216. Mais la reconnaissance faite par un débiteur solidaire n'est pas opposable à ses coobligés, si elle porte sur une prescription acquise. Sans quoi, il y aurait, non pas interruption de la prescription, mais renonciation au bénéfice de la prescription. Or, les autres codébiteurs, étant demeurés étrangers à cette renonciation, ne sauraient se la voir opposer. Et qu'on n'objecte pas l'effet de la solidarité : la dette a été éteinte par la prescription ; il n'y a donc plus de solidarité (2).

1217. Quand la reconnaissance interrompt une courte prescription, la dette n'est désormais prescriptible que par trente ans ; en d'autres termes, la prescription trentenaire est substituée, dans ce cas, à la courte prescription (3). Faut-il dire que, même alors, la reconnaissance faite par un seul des débiteurs solidaires produit son effet contre ses coobligés ?

p. 28 ; Demolombe, XXVI, n. 355 ; Laurent, XVII, n. 304 ; Vigié, II, n. 1458, p. 661 ; Thiry, III, n. 23-3°, p. 29. — Pour expliquer la disposition de l'art. 1206, Bigot-Préameneu dit simplement, dans l'*Exposé des motifs :* « En agissant contre un d'eux, il (le créancier) a usé de son droit contre tous ». Fenet, XIII, p. 251 ; Locré, XII, p. 351, n. 91.

(1) Toutefois, la reconnaissance sous seing privé, faite par l'un des débiteurs solidaires, n'est opposable aux autres que si elle a acquis date certaine. *Sic* Aubry et Rau, II, p. 362 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 563. — Bordeaux, 23 décembre 1861, S., 62. 2. 319. — *Contra* Leroux de Bretagne, n. 457.

(2) Toullier, VI, n. 729, note 1 ; Troplong, *Prescript.*, II, n. 629 ; Demolombe, XXVI, n. 357 ; Laurent, XVII, n. 308. — Trib. d'appel de Paris, 8 pluviôse an X, S. chr., I, 2. 51, D., *Rép. alph.*, v° *Prescript.*, n. 98. — Bruxelles, 21 octobre 1828, *Pasicr.*, 1828, p. 313. — Limoges, 19 décembre 1842, S., 43. 2. 495, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1404.

(3) V. notamment Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, n. 755-756.

Oui, puisque l'art. 2249, al. 1, ne distingue pas [1]. Quelques auteurs repoussent cette solution en se fondant sur ce que les codébiteurs ne sont pas mandataires les uns des autres à l'effet d'augmenter la créance, mais seulement de la conserver [2]. Mais, dans notre hypothèse, le fait de l'un des codébiteurs n'augmente point la créance. Elle sera seulement moins exposée à périr. C'est donc simplement sa conservation qui est en jeu.

1218. Les poursuites dirigées contre l'unique héritier d'un débiteur solidaire ou la reconnaissance par lui faite interrompent la prescription à l'égard de tous les codébiteurs survivants. Mais, si l'un des coobligés est décédé laissant plusieurs héritiers, trois hypothèses doivent être prévues. L'art. 2249 dit à ce sujet : « L'interpellation faite, conformément aux articles ci-dessus, à l'un des débiteurs solidaires, ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre tous les autres, même contre leurs héritiers. — L'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire, ou la reconnaissance de cet héritier, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, quand même la créance serait hypothécaire, si l'obligation n'est indivisible. — Cette interpellation ou cette reconnaissance n'interrompt la prescription, à l'égard des autres codébiteurs, que pour la part dont cet héritier est tenu. — Pour interrompre la prescription pour le tout, à l'égard des autres codébiteurs, il faut l'interpellation faite à tous les héritiers du débiteur décédé, ou la reconnaissance de tous ces héritiers ».

Ces diverses décisions s'expliquent par cette considération qu'il faut combiner le principe de la division des dettes avec celui de la solidarité.

1219. La disposition de l'art. 1206 est applicable, notamment à l'interruption de la péremption, et, par conséquent, lorsqu'un jugement a été obtenu par défaut contre les débiteurs solidaires, il suffit de l'exécuter dans les six mois contre l'un d'entre eux pour qu'il soit conservé à l'égard de

(1) *Sic* Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, n. 562. — Rouen, 5 mars 1842, S., 42. 2. 318, D., *Rép. alph.*, v° *Prescript.*, n. 623.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 30; Laurent, XVII, n. 309.

tous. C'est qu'en effet la péremption n'est qu'une espèce de prescription [1].

1220. L'acquiescement que l'un des codébiteurs donnerait à un jugement ainsi rendu aurait le même effet. Il empêcherait donc la péremption à l'égard des autres. La reconnaissance de l'un des débiteurs solidaires, on l'a vu, interrompt la prescription à l'égard de tous; or, dans notre hypothèse, l'acquiescement n'est pas autre chose que la reconnaissance d'un débiteur défaillant [2].

1221. Mais, si le jugement a été rendu contradictoirement avec l'un des codébiteurs et par défaut contre les autres, il peut tomber en péremption à l'égard de ces derniers, bien qu'il subsiste à l'égard du débiteur condamné contradictoirement. Sans quoi, on aboutirait à cette conséquence inadmissible que le jugement, par cela seul qu'il est contradictoire à l'égard de l'un des codébiteurs, devrait être considéré comme contradictoire à l'égard de tous et que, par suite, les défaillants ne pourraient pas y former opposition [3].

(1) *Sic* notamment Rodière, *op. cit.*, n. 116; Aubry et Rau, IV, p. 28 texte et note 26; Larombière, III, p. 453 (art. 1208, n. 6); Demolombe, XXVI, n. 362; Garsonnet, *Tr. th. et pr. de proc. civ.*, V, p. 409, n. 1021. — Civ. rej., 2 fév. 1841, S., 41. 1. 417, D., *Rép. alph.*, v° *Péremption*, n. 339. — Civ. cass., 4 fév. 1852, S., 52. 1. 320, D. P., 52. 1. 73. — Req., 9 août 1859, S., 60. 1. 470, D. P., 59. 1. 424. — Civ. rej., 3 décembre 1861, S., 62. 1. 155, D. P., 62. 1. 41. — Bourges, 31 janvier 1873, S., 73. 2. 86. — Civ. cass., 12 juillet 1899, S., 1900. 1. 185 (note anonyme). — *Contra* Troplong, *Prescrip.*, n. 630; Massé, *Dr. comm.*, V, n. 123; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 355, § 528, note 6. — Toulouse, 7 avril 1840, S., 40. 2. 370, D., *Rép. alph.*, v° *Jugem. par déf.*, n. 502. — Agen, 19 janvier 1849, S., 49. 2. 137, D. P., 49. 5. 264. — V. plusieurs autres décisions en sens divers dans Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1206, n. 11-12. — « Toutefois, les codébiteurs à qui le jugement n'a pas été signifié conservent le droit d'y former opposition. » Civ. cass., 12 juillet 1899, précité. — *Adde* Civ. rej., 3 décembre 1861, précité. — Aubry et Rau, p. 28 *in fine* et p. 30, texte et note 32; Rodière, *Compét. et procéd.*, 4e édit., I, p. 308; Garsonnet, *op. cit.*, V, p. 432, § 1029, texte et note 6.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Péremption*, sect. 2, § 1, n. 12; Delvincourt, II, p. 713; Favard, v° *Jugement*, sect. 1, § 3, n. 15; Thomine-Desmazures, I, n. 187; Carré et Chauveau, n. 645; Boncenne, III, p. 69; Aubry et Rau, IV, p. 29, texte et note 28; Larombière, III, p. 453 (art. 1208, n. 6); Demolombe, XXVI, n. 364. — Poitiers, 7 janvier 1830, S. chr., IX. 2. 374, D. P., 33. 2. 222. — Bordeaux, 9 août 1833, S., 34. 2. 137. — Pau, 16 août 1837, S., 38. 2. 343, D., *Rép. alph.*, v° *Jugement par défaut*, n. 425. — Civ. cass., 14 avril 1840, S., 40. 1. 491, D., *op.* et v° *cit.*, n. 427.

(3) Larombière, III, p. 455 (art. 1208, n. 6); Demolombe, XXVI, n. 365. — Req., 2 mars 1853, S., 53. 1. 326, D. P., 53. 1. 82.

1222. Parmi les débiteurs solidaires figure une femme qui est devenue l'épouse du créancier. A partir de son mariage, la prescription a été suspendue quant à elle. Art. 2253. Doit-on étendre à ce cas l'application de la règle que l'art. 1206 pose relativement à l'interruption de la prescription ? Nous avons eu à examiner la question à propos de la solidarité active, et nous l'avons résolue négativement. Nous adopterons la même opinion en ce qui regarde la solidarité entre débiteurs. Par sa nature, l'interruption de la prescription diffère profondément de la suspension. Nous avons expliqué la disposition de l'art. 1206 par cette idée que les codébiteurs se représentent réciproquement les uns les autres. Cette explication ne saurait convenir à la suspension. Celle-ci est fondée sur des considérations particulières au débiteur à l'égard duquel le législateur l'a établie. Si l'art. 2153 décide que la prescription ne court pas entre époux, c'est afin d'empêcher que la paix du ménage ne soit troublée (1). La cause de la suspension n'existe donc pas dans les rapports du créancier et des autres codébiteurs. Elle est essentiellement personnelle (2).

1223. Il en est de même, quand le point de départ de la prescription est retardé à l'égard de l'un des débiteurs solidaires. Dans ce cas, elle court, néanmoins, au profit des autres. Précisons l'hypothèse : l'obligation, relativement à l'un des codébiteurs, est affectée d'un terme ou d'une condition suspensive. Le créancier ne peut pas, jusqu'à l'échéance du terme ou jusqu'à l'accomplissement de la condition, demander le paiement à ce codébiteur, et, en conséquence, jusqu'à nouvel ordre, la prescription ne court pas contre lui par rapport à ce dernier. Art. 2257 (3). Mais l'exception tirée du

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 444.

(2) *Sic* Duvergier sur Toullier, III (ancien tome VI), n. 728, note *b ;* Larombière, III, p. 441 (art. 1206, n. 4); Laurent, XVII, n. 335. — Req., 23 février 1832, S., 32. 1. 537, D., *Rép. alph.*, v° *Prescript. civ.*, n. 741. — *Contra* Rodière, *op. cit.*, n. 102; Demolombe, XXVI, n. 358.

(3) Il ne faut pas dire, comme le font la plupart des auteurs, que, dans le cas prévu, la prescription est *suspendue*, à l'égard de l'un des débiteurs solidaires. Il faut dire que son point de départ est reculé en ce qui concerne le codébiteur. V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, n. 385.

terme ou de la condition est, comme nous le verrons, purement personnelle; elle ne peut pas être opposée par les autres coobligés. Rien n'empêche donc le créancier d'agir contre ceux-ci, et, par suite, la prescription court à leur profit.

1224. Lorsque le corps certain, objet d'une obligation solidaire, périt par la faute ou après la mise en demeure de l'un ou de plusieurs des codébiteurs, les autres sont-ils responsables de cette perte ?

Comment la question est-elle réglée par le Code ? « *Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires,* dit l'art. 1205, *les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts. — Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri que contre ceux qui étaient en demeure.* » Ainsi les autres codébiteurs sont responsables en ce sens qu'ils doivent le prix de la chose périe. Ils ne sont pas responsables, au contraire, quant aux dommages-intérêts. Cette disposition est critiquée par beaucoup d'auteurs, et, nous le reconnaissons, la distinction qu'elle établit ne peut, au point de vue de la logique, se justifier. Les dommages-intérêts, tout comme le prix, représentent l'intérêt que le créancier avait à ce que l'obligation fût exécutée. Il faut qu'ils soient ajoutés au prix pour que cet intérêt soit complètement représenté. Pourquoi la solution ne serait-elle pas la même pour les deux éléments ? Si la faute de l'un des codébiteurs constitue, par rapport aux autres, un cas fortuit, ils ne doivent pas plus répondre du prix que des dommages-intérêts. Si, au contraire, à raison de la solidarité, le fait de l'un des codébiteurs est considéré comme celui des autres, ces derniers doivent répondre des dommages-intérêts aussi bien que du prix. Le système de la loi renferme donc une inconséquence.

Il a pour origine l'explication au moyen de laquelle Dumoulin prétendait concilier deux textes du Digeste [1], et qui a

[1] *Tract. de divid. et indiv.*, 3e part., n. 126-127.

été admise par Pothier : « Observez, disait ce dernier jurisconsulte, que le fait, la faute ou la demeure de l'un des débiteurs solidaires préjudicie, à la vérité, à ses codébiteurs, *ad conservandam et perpetuandam obligationem,* c'est-à-dire à l'effet qu'ils ne soient pas déchargés de leur obligation par la perte de la chose, et qu'ils soient tenus d'en payer le prix, c'est en ce sens que la loi *penult. ff. de duob. reis* dit : *Alterius factum alteri non nocet.* Mais la faute, le fait ou la demeure de l'un d'eux ne préjudicie pas aux autres *ad augendam ipsorum obligationem ;* c'est-à-dire qu'il n'y a que celui qui a commis la faute ou qui a été mis en demeure qui doive être tenu des dommages-intérêts qui peuvent résulter de l'inexécution de l'obligation, outre la valeur de la chose due. Quant à l'autre débiteur, qui n'a commis aucune faute, et qui n'a pas été mis en demeure, il n'est pas tenu d'autre chose que de payer le prix de la chose qui a péri par la faute ou depuis la mise en demeure de son codébiteur : son obligation ayant bien pu être perpétuée, mais non augmentée par la faute ou la demeure de son codébiteur. Par la même raison, il n'y a que celui qui a été mis en demeure qui doive être tenu des intérêts et autres dommages dus par le retard et la demeure. C'est en ce sens que la loi **32**, § *penult. ff. de usuris,* dit : *Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet* » (1). Aujourd'hui il est démontré que cette explication est inexacte. Plusieurs autres ont été proposées. Mais on admet généralement qu'il n'y a pas lieu de concilier les deux textes dont il s'agit. Les jurisconsultes romains donnaient des solutions différentes pour la faute et pour la demeure. Leur raisonnement était le suivant : La faute du débiteur qui a causé la perte de la chose due ne doit pas entraîner la libération de ses coobligés. Un pareil résultat serait injuste. Le créancier, en effet, n'avait aucun moyen de le prévenir. Au contraire, quand la perte s'est produite après la mise en demeure de l'un des débiteurs, ses coobligés doi-

(1) *Oblig.*, n. 273, al. 2 (éd. Dupin, I, p. 133). Ainsi qu'on l'a vu, c'est dans ce passage de Pothier que beaucoup d'auteurs ont puisé la formule dont ils se servent pour déterminer les limites du mandat que les codébiteurs solidaires sont réputés s'être donné réciproquement. — V. *supra,* n. 1213.

vent être libérés ; le créancier ne saurait se plaindre, car, s'il n'a plus le droit d'agir contre les autres débiteurs, c'est parce qu'il a négligé de les interpeller (1).

Les rédacteurs du Code, trouvant dans Pothier la distinction entre le prix de la chose périe et les dommages-intérêts, ont cru devoir la reproduire. Telle est l'origine de la disposition de l'art 1205 (2). Beaucoup d'auteurs, nous l'avons dit, considèrent cette disposition comme illogique (3). Mais si, au point de vue des principes, leur appréciation est fondée, la décision du Code peut se justifier au point de vue de l'équité : Ne serait-il pas dur de faire retomber intégralement sur les débiteurs innocents les conséquences de la faute de leur codébiteur (4) ?

1225. De l'avis de Pothier et de tous les interprètes du Code, lorsqu'une clause pénale a été stipulée pour le cas de perte fautive de la chose due, la peine est encourue par tous les débiteurs solidaires, si cette chose périt par la faute ou pendant la demeure d'un ou de plusieurs d'entre eux, et il n'y a pas à distinguer, en ce qui concerne les codébiteurs auxquels la perte n'est pas imputable, entre la part qui, dans la peine, correspond à la valeur de la chose périe et celle qui représente des dommages-intérêts : « Dumoulin, disait Pothier, restreint la décision de cette loi (l. 32, D., *De usuris*) aux dommages et intérêts qui n'ont pas été expressément stipulés. S'ils l'avaient été, ils en seraient tous tenus, le fait ou la demeure de l'un d'eux faisant exister la condition de l'inexécution de l'obligation, sous laquelle ils s'étaient tous

(1) Demangeat, *Des oblig. solid. en droit romain*, p. 374-388 ; Accarias, *op. cit.*, II, n. 550, p. 148, texte et note 3. — Cpr. Labbé, *Etude sur quelques difficultés relatives à la chose due*, n. 19 à 22 ; Gérardin, *Etude sur la solidarité*, *Nouv. Rev. hist. de dr. franç. et étr.*, 8e année (1884), p. 250-253 ; Girard, *op. cit.*, p. 726, note 3.

(2) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 252, Locré, XII, p. 351, n. 93 ; Favart, *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 331, Locré, XII, p. 443, n. 73 ; Mouricault, *Discours devant le Corps législatif*, Fenet, XIII, p. 427, Locré, XII, p. 566, n. 33.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 139 *bis*-I ; Demolombe, XXVI, n. 343-344 ; Laurent, XVII, n. 311 ; Huc, VII, n. 317, p. 426 *in fine* ; Planiol, II, p. 235, note 1.

(4) Larombière, III, p. 435 (art. 1205, n. 1). — V. aussi Toullier, VI, n. 731 ; Duranton, XI, n. 217 ; Marcadé, IV, n. 609.

obligés auxdits dommages et intérêts. *Mol., ibid.*, n. **127** (1) ». On invoque aussi, dans le même sens, un argument tiré de l'art. **1232** (2).

Mais cette solution n'est pas en harmonie avec la disposition de l'art. **1205**. Qu'est-ce qu'une clause pénale si ce n'est l'évaluation anticipée des dommages-intérêts? Or, évidemment, cette circonstance que les dommages-intérêts sont évalués par anticipation ne saurait en changer la nature (3).

1226. Les codébiteurs non contrevenants ont un recours contre celui par la faute duquel ils ont encouru la peine. La justice, aussi bien que l'équité, exige que ce dernier supporte seul les conséquences de sa contravention. Arg. art. **1232** (4).

Au surplus, il y a même raison de décider dans le cas où il n'a pas été stipulé de clause pénale et où, par suite, en vertu de l'art. **1205**, les codébiteurs qui ne sont ni en faute ni en demeure, doivent seulement payer au créancier le prix de la chose périe. Donc, s'ils payent ce prix, ils pourront en demander le remboursement au codébiteur qui est en demeure ou en faute (5).

1227. Aux termes de l'art. **1207** : « *La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.* » Il n'est pas douteux que, depuis la modification apportée à l'art. **1153**, al. **3**, par la loi du **7** avril **1900**, la simple sommation adressée par le créancier, à l'un des codébiteurs, produit le même effet (6). C'est, d'ailleurs, ce qu'on décidait, avec raison, sous l'empire de l'ancien art. **1153**, pour le cas où, en vertu de dispositions exceptionnelles, une sommation suffisait pour faire courir les intérêts (7).

Il ne faut pas dire, comme le font plusieurs interprètes du

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 273, dern. al. (même édit., I, p. 134).

(2) Duranton, XI, n. 371; Colmet de Santerre, V, n. 139 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, p. 29, texte et note 29; Demolombe, XXVI, n. 345; Larombière, III, p. 437 (art. 1205, n. 5); Laurent, XVII, n. 312, p. 311.

(3) Cpr. Demolombe et Laurent, *loc. cit.*

(4) Larombière, III, p. 438 (art. 1205, n. 6); Demolombe, XXVI, n. 346.

(5) Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXVI, n. 347.

(6) V. notre tome I, 2e édit., n. 511 s.

(7) Larombière, III, p. 445 (art. 1207, n. 5); Demolombe, XXVI, n. 350.

Code civil (1), que la disposition de l'art. 1207 est une *innovation* introduite dans la matière par le législateur de 1804. Pothier, il est vrai, enseignait que les intérêts demandés contre un seul des débiteurs ne couraient pas contre les autres. Il se fondait sur ce que, si la faute ou la demeure d'un débiteur solidaire pouvait perpétuer l'obligation de ses codébiteurs, elle ne pouvait pas l'augmenter (2). Bourjon se prononçait dans le même sens, par la raison que le cours des intérêts « étant de rigueur, ne se supplée pas » (3). Prévôt de la Jannès suivait cette opinion, « car, disait-il, le fait de chacun est indépendant du fait des autres » (4). Quelques jurisconsultes, encore, étaient de cet avis.

Mais le nombre de ceux qui se prononçaient en sens contraire n'était pas moindre. Nous trouvons parmi eux Henrys (5), Bretonnier (6), Serres (7), Ferrière (8) et Boutaric (9).

(1) Par exemple, Aubry et Rau, IV, p. 31, note 34; Larombière, III, p. 443, (art. 1207, n. 1, al. 2); Arntz, III, n. 125, p. 70 *in fine;* Demolombe, XXVI, n. 349, p. 294; Planiol, II, n. 794, p. 235; Pilon, *op. cit.*, n. 184, p. 267.

(2) *Oblig.*, n. 273 (édit. Dupin, I, p. 134).

(3) *Le Droit commun de la France*, liv. VI, tit. I, ch. IV, sect. 3, n. 21 *in fine*, (II, p. 430, col. 1).

(4) *Les principes de la jurisprudence française* (nouvelle édit., 1770), II, p. 309 *in fine*.

(5) *Œuvres* (6e édit., 1771), liv. IV, quest. CLIV (t. II, p. 852-853).

(6) V. les *Observations* de ce jurisconsulte dans les *Œuvres* d'Henrys, II, p. 854-855. — V. aussi ses notes sur Argou, *Institution au droit français* (11e édit.), II, p. 308 *in fine*.

(7) « L'instance formée pour l'entière dette contre un des coobligés solidaires fait courir les intérêts à l'égard des autres, quoique non appelés et nuit à tous. » *Les institutions du droit français*, liv. III, tit. XVII (3e édit., 1778), p. 331.

(8) « La demande formée contre l'un des coobligés produit également des intérêts à l'égard des autres. » *Dictionnaire de droit et de pratique* (4e édit., 1754), II, p. 266, vo *Obligation solidaire*, col. 1 *in fine*. Cet auteur fait découler sa solution de ce principe : « Quand l'obligation est solidaire, les poursuites qui sont faites contre l'un des coobligés tombent sur tous les autres à certains égards ». — V. aussi *Analyse historique des principes du droit français*, Paris, 1757 (ouvrage attribué à Grosley), p. 277. Cet ouvrage n'est pas moins affirmatif que les précédents : « La demande formée contre l'un des coobligés solidaires sert contre les autres à l'effet d'empêcher la prescription et de faire courir les intérêts ».

(9) « L'opinion qui nous paraît la plus sûre, la plus conforme à l'esprit de la Loi (L. 5, C., *De duobus reis*, VIII, XL), ainsi qu'aux derniers arrêts rapportés par M. de Catelan, liv. VII, chap. XII, est celle qui donne aux poursuites faites contre l'un des coobligés le même effet par rapport aux intérêts que pour l'interruption

Les deux premiers de ces auteurs surtout ont soigneusement examiné la question [1].

Ainsi, avant la rédaction du Code civil, la solution consacrée par l'art. 1207 comptait beaucoup de partisans. Ajou-

de la prescription *cum ex una stirpe, unoque fonte, unus effluxit contractus.* » *Institutes de l'empereur Justinien conférés avec le droit français* (1re édit., 1757, p. 448, liv. III, tit. XVII *in fine.*

[1] Voici les plus importants passages qu'Henrys lui consacre : « On n'a point douté que *inter correos debendi*, et qui sont obligés *in solidum*, l'interpellation de l'un ne serve pour tous et n'interrompe le cours de la prescription, c'est parce que c'est un fait commun, et que tous ensemble ne sont censés qu'un... — *On n'avait pas non plus douté* que comme l'interpellation de l'un était l'interpellation de tous, il n'en fallût autant dire de la demeure qui en résulte, et par conséquent qu'un des coobligés solidairement ayant été condamné, cette condamnation et sa demeure ne dût s'étendre contre les autres, *pour le cours des intérêts.* Et il semble, en effet, qu'il y ait *identité de raison;* car si l'un des coobligés étant interpellé, cela empêche les autres de prescrire l'action, c'est parce qu'en en interpellant un seul, tous sont censés appelés. Or, comme l'interpellation cause la faute et demeure, il s'ensuit que la cause étant commune, l'effet qu'elle produit doit être aussi commun ; il répugne que tous puissent être censés interpellés ou un seul, que tous ne soient point pareillement censés constitués en faute et en demeure. La même constitution de Justinien, que nous avons alléguée (L. 5, C. *De duobus reis*, XIII, XL), semble aussi formelle pour ce point que pour l'autre. Aussi la jurisprudence a été autrefois égale sur ces deux points, et l'on a tenu que la même interruption ou condamnation obtenue contre l'un des coobligés, était commune à tous, *aussi bien pour le cours des intérêts que pour étendre l'action.* La cour l'avait ainsi jugé par l'arrêt du 16 avril 1630, mentionné aux notes dudit sieur Brodeau, en l'endroit susdit (Brodeau sur Louet, lettre P, nombre 2, cote à ce sujet), et ensuite de cet arrêt, nous l'avons vu juger de la même sorte en ce siège plusieurs fois, *jusque-là que cela passait pour une maxime commune* ». Brodeau, il est vrai, dans ses dernières notes, allègue un arrêt contraire, dont il n'indique pas, d'ailleurs, la date, et il le considère comme plus conforme aux principes admis par le droit romain, « ce qu'il confirme par l'autorité de Cujas ». Mais Henrys estime qu'aux textes invoqués par Brodeau, on peut en opposer d'autres, et que, au surplus, « encore que parmi nous les intérêts ne soient dus que *propter moram,* et ensuite d'une interpellation et condamnation, *ils ne laissent pas pourtant de tirer leur origine de l'obligation,* cette clause *à peine de tous dépens, dommages et intérêts* y étant ordinaire et *même sous-entendue* » (*Œuvres,* liv. IV, quest. CLIV, t. II, p. 852-853). Et, dans les *observations* qu'il a ajoutées au texte d'Henrys, Bretonnier apprécie de la façon suivante la doctrine de ce jurisconsulte : « Notre auteur... fait voir clairement que, suivant les vrais principes, la demande contre un des coobligés doit produire son effet entier contre les autres, et par conséquent emporter intérêt contre tous, puisque ce n'est qu'un seul et même contrat, et qu'*un seul des coobligés représente tous les autres* ». Il reproduit ensuite une consultation qu'il avait délivrée sur la question et dans le même sens, avec Vesin. Dans cette consultation, les deux jurisconsultes, à l'arrêt allégué par Brodeau dans ses dernières notes, opposent jusqu'à six arrêts conformes à leur opinion (Henrys, *Œuvres,* t. II, p. 854-855).

tons qu'elle avait triomphé en jurisprudence [1]. Cela s'explique par une considération pratique : elle profite, en effet, aussi bien aux débiteurs qu'au créancier, puisqu'elle a pour effet de diminuer les frais en dispensant ce dernier d'exercer des poursuites multiples. Cette considération devait naturellement avoir de la valeur aux yeux des rédacteurs du Code civil, qui étaient avant tout des praticiens.

Plusieurs auteurs pensent même qu'on peut justifier au point de vue juridique la disposition de l'art. 1207, alors même qu'on fait dériver la représentation réciproque des codébiteurs d'un mandat qu'ils sont réputés s'être donné *ad perpetuandam, non ad augendam obligationem.* Ils raisonnent ainsi : D'abord, du moment que le législateur règle à forfait les dommages-intérêts qui seront dus pour le retard dans l'exécution des obligations de sommes d'argent, on peut dire que les débiteurs solidaires ont consenti, par une clause pénale tacite, à devoir les intérêts par cela seul que ceux-ci auront été demandés à l'un d'entre eux. Ainsi, dès le moment où naît l'obligation, elle comprend éventuellement la dette d'intérêts. C'est, d'ailleurs, nécessaire pour que la solidarité atteigne son but [2], car ce but est de permettre au créancier d'obtenir, en agissant contre un seul des codébiteurs, les mêmes résultats que s'il agissait contre tous [3].

Mais, à notre avis, la disposition de l'art. 1207 ne concorde pas avec celle de l'art. 1205. Les intérêts moratoires ne sont pas autre chose que des dommages-intérêts alloués à raison du retard apporté à l'exécution de l'obligation. Dans le cas de l'art. 1205, les dommages-intérêts ne sont pas à la charge des codébiteurs qui n'ont pas été mis en demeure. Logiquement, il devrait en être de même dans l'hypothèse prévue par l'art. 1207. Si, dans le premier cas, le législateur s'est prononcé comme il l'a fait, c'est parce que la demeure de l'un des coo-

(1) V. la note précédente.

(2) V. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs,* Fenet, XIII, p. 251, Locré, XII, p. 351, n. 91-92.

(3) Duranton, XI, n. 219, p. 260; Marcadé, IV, n. 611; Colmet de Santerre, V, n. 141 *bis*-I; Larombière, III, p. 443 *in fine* (art. 1207, n. 1); Demolombe, XXVI, n. 349, p. 294 *in fine* et 295 ; Vigié, II, n. 1458, p. 661 *in fine.*

bligés ne doit pas augmenter l'obligation à l'égard des autres. Le même motif devait le conduire à décider que le débiteur en demeure serait seul tenu des intérêts moratoires. On dit que la disposition de l'art. 1207 est nécessaire pour que la solidarité atteigne son but, qui est de permettre au créancier d'obtenir, en poursuivant un seul des codébiteurs, les mêmes résultats que s'il agissait contre tous. Mais la disposition de l'art. 1205 suppose qu'en matière de dommages-intérêts, le législateur n'a pas admis ce point de vue. Donc, si l'on rapproche l'une de l'autre les dispositions des art. 1205 et 1207, on doit reconnaître qu'elles sont disparates [1].

1228. Ce n'est pas seulement la demande en justice ou la sommation qui produit l'effet dont il est question dans l'art. 1207. Pour faire apparaître complètement la pensée du législateur, il faut généraliser et dire : tout acte qui fait courir les intérêts contre l'un des débiteurs solidaires, les fait aussi courir contre ses coobligés [2]. Il s'ensuit que, lorsque le créancier et l'un des débiteurs solidaires conviennent que les intérêts courront, cette stipulation produit son effet à l'égard de tous. La solution que nous donnons est, d'ailleurs, avantageuse pour les codébiteurs, car elle permet d'éviter des frais [3].

1229. Mais il se peut que la dette ne soit pas exigible à l'égard de tous les débiteurs solidaires. Ils sont, par exemple, au nombre de trois : Un d'entre eux est obligé purement ; un autre, à terme ; le troisième, sous condition suspensive. Le créancier adresse une sommation au premier. Cet acte fera-t-il courir les intérêts contre les deux autres ? Qu'il ne produise pas immédiatement cet effet, voilà qui est certain. Mais qu'arrivera-t-il une fois le terme échu ou la condition accomplie ? On s'accorde à décider que les intérêts courront alors de plein droit contre les débiteurs à terme ou sous condition. L'obligation est devenue exigible quant à ces derniers, et, par conséquent, rien ne s'oppose désormais, en ce qui les concerne, à l'application de l'art. 1207.

(1) Aubry et Rau, IV, p. 31, note 34 ; Laurent, XVII, n. 310, p. 309 ; Thiry, III, n. 23, p. 30-4°. — Cpr. Huc, VII, n. 320, p. 431.

(2) Duranton, XI, n. 219, p. 260.

(3) Larombière, III, p. 445 (art. 1207, n. 5) ; Demolombe, XXVI, n. 351.

La seule question est de savoir s'ils devront les intérêts à compter de la mise en demeure du débiteur pur et simple ou s'ils ne les devront qu'à partir de l'échéance du terme ou de l'accomplissement de la condition. C'est dans le second sens que nous nous prononçons. L'autre opinion nous paraît ne pas tenir compte de la pluralité des liens [1].

1230. Si l'un des coobligés décède, l'acte qui fait courir les intérêts contre les survivants, les fait courir aussi contre tous les héritiers du codébiteur décédé. Mais la sommation ou la demande en justice adressée à l'un de ces héritiers ne fait courir les intérêts à l'égard des coobligés survivants que pour la part de cet héritier. Dans cette seconde hypothèse, en effet, il faut combiner le principe de la solidarité avec celui de la division des dettes.

1231. Le moment est venu de résoudre, quant à la solidarité passive, une question que nous avons déjà examinée relativement à la solidarité active [2] : La chose jugée à l'égard des débiteurs solidaires, sur un moyen commun, doit-elle être considérée comme jugée à l'égard des autres ? La question est très discutée. C'est l'affirmative que nous croyons devoir adopter, sans qu'il y ait, d'ailleurs, à distinguer, suivant que le jugement a été rendu en faveur du débiteur en cause ou contre lui. Cette solution est fondée sur la nature de la solidarité passive, telle qu'elle résulte des textes mêmes de la loi : « Le créancier d'une obligation contractée solidairement, porte l'art. **1203**, peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir... » N'est-ce pas dire qu'en s'adressant à l'un des codébiteurs, il obtient le même résultat que s'il s'adressait à tous ? Et tel est bien, en effet, le but de la solidarité passive, telle est sa raison d'être. N'avons-nous pas, d'ailleurs, trouvé dans les art. **1205**, **1206** et **1207** des applications de notre principe ? La conséquence qui découle de celui-ci au point de vue de l'autorité de la chose jugée est d'autant moins douteuse qu'aux termes de l'art. **1200**, *chacun* des codébiteurs *peut être contraint pour le total. Contraint*,

[1] Cpr. Marcadé, IV, n. 611, al. 2; Colmet de Santerre, V, n. 141 *bis*-II; Larombière, III, p. 444 (art. 1207, n. 4); Demolombe, XXVI, n. 352-354.

[2] V. *supra*, n. 1159.

dit la loi, et elle ne limite pas la portée de ce mot; elle vise, par conséquent, tous les moyens de contrainte, notamment l'action en justice. Ainsi, lorsque le créancier assigne l'un des codébiteurs, il est dans la même situation que s'il les assignait tous.

On objecte, en premier lieu, le principe de la pluralité des liens : à chaque débiteur solidaire, dit-on, correspond un lien juridique distinct, et, par suite, chacun des codébiteurs doit pouvoir, pour faire tomber l'obligation quant à lui, invoquer individuellement les exceptions réelles (1). L'argument porterait s'il s'agissait de moyens personnels; mais on suppose que le jugement a été rendu sur une exception commune. Or un moyen de cette nature n'appartient pas exclusivement à l'un ou à l'autre des codébiteurs. Chacun de ceux-ci peut l'invoquer aussi bien au nom de ses coobligés qu'en son nom personnel, ou plutôt, à raison de la nature et du but de la solidarité, il représente forcément ses coobligés quand il oppose un pareil moyen.

On fait une autre objection qui a le caractère d'argument d'analogie : la chose jugée contre le débiteur principal n'étant pas opposable à la caution, la chose jugée contre un débiteur solidaire ne saurait, dit-on, nuire aux autres (2). Notons d'abord que la proposition qui sert de base à cette objection est contestée : certains auteurs soutiennent que le jugement rendu contre le débiteur principal est réputé rendu contre la caution (3). Mais, l'opinion contraire serait-elle admise à l'unanimité, l'argument ne serait pas pour cela concluant. Ce qui est vrai pour la caution n'est pas nécessairement vrai pour les codébiteurs solidaires. Chacun de ces derniers, en effet, est, au regard du créancier, débiteur principal pour le tout; c'est seulement dans ses rapports avec ses coobligés

(1) Aubry et Rau, VIII, p. 379, note 52.

(2) Mourlon, II, n. 1630.

(3) V. dans ce sens, Toullier, X, n. 210; Duranton, XIII, n. 517; Troplong, *Cautionnement*, n. 510 s.; Bonnier, *Tr. des preuves*, n. 886; Larombière, III, p. 460 (art. 1208, n. 13). — Civ. rej., 28 décembre 1881, S., 83. 1. 465, D. P., 82. 1. 377. — Cpr. Grenoble, 18 janvier 1832, S., 33. 2. 160, D. P., 33. 2. 150. — Req., 4 août 1842, S., 42. 1. 673. — V. pour les divers systèmes Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1351, n. 1433-1436.

qu'il est considéré comme caution. Ainsi ni l'une ni l'autre de ces objections ne peuvent infirmer notre système (1).

Il y a divergence entre les auteurs qui se prononcent en sens contraire : les uns sont d'avis que le jugement rendu entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires n'a aucune autorité à l'égard des autres aussi bien lorsque le codébiteur en cause a gagné que lorsqu'il a perdu (2). Les autres distinguent : d'après eux, si le débiteur en cause a gagné, la chose jugée doit être considérée comme jugée aussi au profit de ses coobligés ; s'il a perdu, elle ne leur est pas opposable (3). Nous avons déjà rencontré ces deux opinions à propos de la solidarité active, et, en ce qui concerne la seconde, nous avons fait ressortir ce qu'il y a d'étrange dans cette idée d'un mandat que les consorts se donneraient réciproquement à l'effet de gagner, et non à l'effet de perdre. Il ne peut être question que d'un mandat de plaider, abstraction faite du résultat de l'instance (4). Au surplus, les deux théories que nous venons d'indiquer sont également réfutées par les arguments formulés ci-dessus.

(1) Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Chose jugée*, § XVIII, n. 2-3 ; Toullier, X, n. 202 ; Proudhon, *De l'usufruit*, III, n. 1321 ; Bonnier, *op. cit.*, n. 887 ; Larombière, III, p. 466 (art. 1208, n. 19) ; Demolombe, XXVI, n. 374 ; Huc, VII, n. 328, p. 440 (toutefois cet auteur se fonde sur des motifs différents). — Civ. rej., 28 déc. 1881, précité. — Civ. cass., 1er déc. 1885, S., 86. 1. 55, D. P., 86. 1. 251. — Alger, 7 déc. 1885, S., 86. 2. 80. — Agen, 28 oct. 1891, D. P., 93. 2. 540. — On lit dans l'arrêt du 28 décembre 1881 : « Qu'en matière d'obligations solidaires, et, en raison même de la nature de ces obligations, chacun des codébiteurs solidaires, qui peut, aux termes de l'art. 1203 C. civ., être poursuivi seul pour la totalité de la dette, et qui a le droit, aux termes de l'art. 1208 du même code, d'opposer au créancier toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, doit être considéré comme le *contradicteur légitime du créancier* et le *représentant nécessaire de ses coobligés* ». Ce passage est littéralement reproduit dans l'arrêt du 1er décembre 1885. — La formule qui le termine a été empruntée à une décision de la chambre civile, du 15 janvier 1873, où la jurisprudence paraît l'avoir employée pour la première fois. Civ. cass., 15 janv. 1873, S., 93. 1. 82, en sous-note, D. P., 73. 1. 249.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 328 *bis*-XXIV ; Demangeat, *Des oblig. solid. en dr. rom.*, p. 99, note 1 ; Laurent, XX, n. 120 ; Tissier, *Tierce-opposition*, n. 120, 121 et 123.

(3) Duranton, XIII, n. 519-520 ; Marcadé, V, n. XIII ; Boileux, IV, p. 519 ; Aubry et Rau, VIII, p. 380-382, n. 52 ; Massé et Vergé, III, p. 355-376 ; Mourlon, *loc. cit.* ; Rodière, *op. cit.*, n. 105 et 109 ; Arntz, III, n. 416, p. 212 ; Vigié, II, n. 1745, p. 811 ; Thiry, III, n. 171, p. 199.

(4) V. *supra*, n. 1159.

1232. Mais, ainsi que nous l'avons indiqué dans l'énoncé même de la question, celle ci ne se pose que si le jugement a été rendu sur un moyen commun à tous les coobligés.

La chose jugée à l'égard d'un débiteur solidaire sur une exception à lui personnelle ne peut être invoquée ni par les autres ni contre eux (1).

De même le jugement rendu contre l'un des codébiteurs ne saurait empêcher ses coobligés de faire valoir des moyens qui leur sont personnels (2).

Pas plus, en effet, dans la première hypothèse que dans la seconde on ne peut dire que les autres codébiteurs ont été représentés au procès.

1233. De plus, le jugement rendu contre l'un des codébiteurs n'est certainement pas opposable aux autres quand c'est par suite de sa renonciation à un moyen commun de défense ou par suite de son acquiescement que le débiteur en cause a été condamné. Dans ces deux cas encore il n'est point vrai que ce débiteur a représenté ses coobligés (3).

A plus forte raison les codébiteurs qui n'étaient pas dans l'instance pourraient-ils faire tierce opposition au jugement qui aurait été rendu contre leur coobligé par l'effet d'une collusion frauduleuse entre celui-ci et le créancier. Un débiteur solidaire qui trahit ses consorts peut-il être considéré comme leur représentant (4) ?

1234. Enfin la chose jugée à l'égard d'un débiteur solidaire est sans autorité aucune à l'égard des autres lorsque le litige portait, non sur l'existence de la dette, mais simplement sur celle de la solidarité quant au débiteur en cause. Arg. art. 1365 (5).

1235. La jurisprudence, représentée par plusieurs arrêts de la cour de cassation, décide que l'appel formé en temps

(1) Larombière, III, p. 468 (art. 1208, n. 20); Demolombe, XXVI, n. 367.

(2) Duranton, XIII, n. 519; Rodière, *op, cit.*, n. 116; Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXVI, n. 368. — Req., 29 nov. 1836, S., 37. 1. 362. — V. aussi Aubry et Rau, VIII, p. 380, note 52.

(3) Toullier, X, n. 203; Larombière, p. 469 (art. 1208, n. 20); Demolombe, XXVI, n. 371.

(4) Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXVI, n. 370.

(5) Demolombe, XXVI, n. 369.

utile par l'un des débiteurs solidaires profite aux autres et les relève soit de la déchéance par eux encourue pour forclusion, soit de la fin de non recevoir tirée de l'exécution par eux donnée au jugement; que l'arrêt infirmatif qui a réglé le sort de la créance à l'égard de l'un des débiteurs solidaires, peut être invoqué même par ceux qui n'avaient pas relevé appel [1]. « C'est là, dit la cour de Lyon, l'application des principes de la solidarité qui font que les coobligés sont les mandataires les uns des autres pour la défense de leurs intérêts communs, et pour améliorer leur situation seulement, mais qu'ils ne pourraient l'aggraver » [2]. Cette proposition ne justifie point la solution dont il s'agit. On pourrait l'invoquer pour décider que l'appel formé par un débiteur solidaire profite à ses coobligés quand, par rapport à ceux-ci, les délais ne sont pas expirés. Mais, dans notre hypothèse, il en est autrement : les débiteurs non appelants sont forclos. Ils ne seraient donc pas admis à interjeter appel eux-mêmes. Or les mandataires ne peuvent certainement pas faire au nom des mandants ce que ces derniers ne pourraient pas faire eux-mêmes. C'est par une idée toute différente qu'il faut justifier la jurisprudence dont nous parlons : à raison de l'unité de la dette, il est impossible que l'existence de celle-ci soit remise en question à l'égard de certains des codébiteurs sans l'être aussi à l'égard des autres. Si la décision rendue en seconde instance donne gain de cause aux appelants, elle réagira nécessairement sur la situation de leurs prétendus coobligés. Supposons que le juge d'appel décide que, par rapport aux appelants, l'obligation est éteinte ou qu'elle n'a jamais pris naissance, le créancier, si les autres prétendus codébiteurs ne sont pas admis à se prévaloir de cette décision, pourra demander à chacun d'eux le paiement intégral. Or, puisqu'il a été décidé que les appelants n'étaient pas débiteurs, les

(1) Civ. rej., 30 août 1852, S., 52. 1. 807, D. P., 52. 1. 276. — Civ. cass., 25 mars 1861, S., 61. 1. 433, D. P., 61. 1. 158. — Civ. rej. (sur ce moyen), 15 janv. 1873, S., 93. 1. 82, en sous-note; D. P., 73. 1. 249. — Lyon, 19 mai 1881, D. P., 82. 2. 193. — Req., 10 nov. 1890, S., 91. 1. 241, D. P., 92. 1. 8.

(2) Lyon, 19 mai 1881, précité. — On peut, d'ailleurs, adresser la même critique à l'argumentation contenue dans l'arrêt de la chambre civile, du 15 janvier 1873, également précité.

non appelants ne pourraient pas exercer de recours contre eux. Il s'ensuivrait, ce qui est inadmissible, que chacun de ceux-là supporterait définitivement dans la dette une part supérieure à celle qui lui incomberait. Dira-t-on, pour éviter ce résultat, que le créancier ne pourra leur demander le paiement que déduction faite des parts de ceux qui auront obtenu la réformation du jugement? Cette solution serait illogique, elle permettrait aux coobligés qui ne figuraient pas dans l'instance d'appel, de bénéficier, dans une certaine mesure, de l'arrêt infirmatif. Il vaut donc mieux reconnaître aux non appelants le droit de se prévaloir de la décision rendue hors de leur présence (1).

1236. La cour de cassation a été appelée à résoudre la question suivante, et sa décision a été très remarquée, ainsi d'ailleurs que les annotations dont elle a été l'objet : plusieurs individus ont été poursuivis comme solidairement responsables, et le jugement a été rendu à leur profit. L'un d'eux, en signifiant le jugement, a fait courir, en ce qui le regarde, les délais d'appel. Ces délais sont expirés quant à lui. Le créancier qui interjette appel en temps utile contre les autres prétendus débiteurs, est-il pour cela relevé de la déchéance par lui encourue à l'égard de celui qui a signifié le jugement? Non, a répondu la cour suprême (2). Cette décision nous paraît fondée : pourquoi celui des débiteurs qui a veillé à ses intérêts, souffrirait-il de la négligence de ses coobligés? Qu'on n'objecte pas que les débiteurs solidaires sont mandataires les uns des autres à l'effet de se représenter dans les poursuites dirigées contre eux par le créancier (3) : dans l'hypothèse, il ne peut être question de mandat. Tous les débiteurs, on le suppose, figuraient personnellement au jugement. On ne peut donc pas dire qu'ils y étaient représentés les uns par les autres. Cette circonstance même qu'ils étaient

(1) *Sic* note anonyme dans D., sous l'arrêt de Lyon, précité.

(2) Civ. cass., 16 déc. 1891, S., 93. 1. 81 (note de M. Albert Tissier), D. P., 92. 1. 177 (note de M. Cohendy), *Pand. franç.*, 92. 1. 211 (note anonyme). V. dans ce dernier recueil le rapport de M. le conseiller Roussellier.

(3) C'est ce que fait M. Cohendy, note sous l'arrêt précité, D. P., 92. 1, p. 178, col. 2 *in fine* et p. 179, col. 1.

présents au procès, contredit une pareille proposition. Ainsi faire intervenir ici la notion de mandat est un véritable non-sens [1].

La cour de cassation a raisonné autrement. Voici l'unique motif qu'elle invoque : « Le mandat que les débiteurs solidaires sont réputés se donner entre eux, s'il leur permet d'améliorer la condition de tous, n'a pas pour effet de leur permettre de nuire à la condition d'aucun d'eux ». Il convenait certainement d'écarter l'idée de mandat. Mais, suivant la judicieuse remarque de M. Tissier, si l'on admet avec la cour suprême que, dans l'hypothèse, les débiteurs solidaires étaient mandataires les uns des autres à l'effet d'améliorer leur situation, il faut décider que la signification par l'un d'eux en temps utile avait fait courir les délais au profit des autres et que, par conséquent, l'appel avait été formé tardivement au regard de tous [2].

La solution consacrée par la cour suprême fait naître une autre question : quand l'appel a été formé tardivement à l'égard de l'un des débiteurs solidaires, le créancier peut-il, néanmoins, demander le total de la dette aux autres codébiteurs? A notre avis, l'affirmative est insoutenable. Le créancier ne doit être admis à réclamer le paiement que sous la déduction de la part du débiteur à l'égard duquel le jugement n'a pas été frappé d'appel dans les délais. Il faut donc se prononcer comme lorsque le créancier a fait remise à l'un des débiteurs solidaires de sa part dans la dette. On ne saurait, en effet, reconnaître aux coobligés, à l'égard desquels l'appel a été régulièrement formé, le droit d'exercer un recours contre le codébiteur au profit duquel la décision de première instance est passée en force de chose jugée. D'un autre côté, on ne saurait davantage leur faire supporter la part de celui-ci

[1] Tissier, note sous l'arrêt précité, II, S., 93. 1, p. 82, col. 3 et p. 83, col. 1 et 2. — V. aussi Rodière, *op. cit.*, n. 121 ; Larombière, III, p. 471 (art. 1208, n. 22, al. 3).

[2] Tissier, même note, IV, S., 93. 1, p. 83, col. 3. — Le savant professeur fait très justement observer que la cour suprême aurait pu se dispenser de poser le principe général indiqué ci-dessus, d'autres moyens lui permettant de prononcer la cassation. V. la même note, III, S., 93. 1. 83, col. 2 et 3. — Cpr. Cohendy, note précitée, IV, D. P., 92. 1, p. 179, col. 1 *in fine* et col 2.

car, s'ils n'ont pas de recours contre lui, c'est par suite de la négligence du créancier. C'est évidemment sur ce dernier que doivent retomber les conséquences de cette négligence.

3. *Des exceptions que les débiteurs solidaires peuvent opposer au créancier.*

1237. Le législateur, dans l'art. 1208, s'exprime en ces termes : « Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs. — Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs ». Ici, sans aucun doute, le législateur ne prend pas le mot *exception* dans son sens ordinaire. Le langage technique oppose les *exceptions* aux *défenses*. Les premières sont les moyens de procédure ; les secondes, les moyens de fond. Mais, dans notre texte, le législateur, par le terme *exceptions,* entend certainement les *défenses* proprement dites. Cela résulte à l'évidence de la classification que l'art. 1208 nous donne des moyens par lui qualifiés d'*exceptions*. Au surplus, ce texte n'est pas le seul où le Code ait employé cette terminologie. V. notamment les art. 1361, 2012, et surtout l'art. 2036.

1238. L'art. 1208 se borne à dire que les exceptions opposables au créancier se répartissent en quatre catégories : 1° exceptions résultant de la nature de l'obligation ; 2° exceptions communes à tous les codébiteurs ; 3° exceptions personnelles ; 4° exceptions purement personnelles. Mais, rationnellement, les divers moyens de défense que le codébiteur poursuivi peut opposer au créancier doivent être classés en deux catégories, dont la seconde comporte une sous-distinction :

1239. 1° *Exceptions réelles.* — Leur caractère consiste en ce qu'elles peuvent être opposées pour le total par chacun des codébiteurs. Cette première catégorie comprend les exceptions *qui,* pour parler comme l'art. 1208, *résultent de la nature de l'obligation* et celles que ce texte appelle *communes à tous les codébiteurs.*

A notre avis, ces deux classes auraient dû être confondues en une seule. Si on veut les distinguer, il faut considérer comme *résultant de la nature de l'obligation :*

a. Les exceptions déduites de l'inexistence de l'obligation, par exemple le défaut de cause ou le caractère illicite de la cause, le défaut d'objet, l'absence des formes requises dans un contrat solennel.

b. Les exceptions fondées sur l'annulabilité de l'obligation, alors, du moins, que la cause de cette annulabilité n'a rien de personnel à l'un des codébiteurs ; par exemple, s'il s'agit de la vente solidaire d'un immeuble, l'exception tirée de ce que cette vente est rescindable pour cause de lésion de plus des sept douzièmes. Art. 1674.

c. Les exceptions tirées du terme non échu, ou de la condition suspensive non réalisée, lorsque cette modalité affecte l'obligation de tous les codébiteurs.

Quant aux *exceptions communes à tous les débiteurs,* ce seront toutes les autres exceptions qui peuvent être invoquées pour le total par tous les codébiteurs indistinctement, c'est-à-dire celles tirées de la plupart des causes d'extinction des obligations. Mais, à ce propos, il nous faut examiner plusieurs questions spéciales, et, pour cela, nous passerons en revue, un peu plus loin, divers modes d'extinction.

1240. 2° *Exceptions personnelles* ou, comme disent certains auteurs, *exceptions simplement personnelles.* Cette deuxième catégorie comprend les exceptions qui appartiennent seulement à l'un des codébiteurs ou à quelques-uns d'entre eux. Mais, au sujet de celles-ci, nous devons faire la sous-distinction que nous avons annoncée.

1241. *a.* Il en est qui, si elles ne peuvent être invoquées pour le tout que par le débiteur en la personne duquel elles ont pris naissance, profitent, du moins, à ses codébiteurs dans la mesure de sa portion. On trouve de pareilles exceptions dans les deux cas suivants :

1er cas. Le créancier a fait remise de la dette à l'un des débiteurs solidaires avec réserve de son droit contre les autres. Le codébiteur auquel la décharge a été consentie peut opposer pour le tout l'exception résultant de la remise.

Il n'aura donc rien à payer s'il est poursuivi par le créancier. Quant aux autres, ils pourront invoquer l'exception pour la part du codébiteur déchargé. V. art. 1285. S'ils n'en avaient pas le droit, ce codébiteur lui-même ne profiterait pas de la remise, car les autres, obligés de payer toute la dette, auraient un recours contre lui pour obtenir le remboursement de sa part.

2e cas. La confusion peut engendrer, elle aussi, une exception personnelle. C'est ce qui résulte de l'art. 1209 : « *Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier* ». V. aussi l'art. 1301, al. 3. Il faut, d'ailleurs, élargir la formule de l'art. 1209 en s'inspirant de celle de l'art. 1300. La disposition du premier de ces textes s'applique toutes les fois que « les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne ». Il n'est donc pas nécessaire que ce soit par succession : la règle est la même lorsque la réunion des deux qualités est la conséquence d'une donation ou d'une cession de créance. De même, si l'art. 1209 suppose que l'un des débiteurs devient « héritier *unique* » du créancier ou que le créancier devient « l'*unique* héritier » de l'un des débiteurs, il ne s'ensuit point que sa disposition ne s'applique pas lorsque c'est pour partie seulement que l'un des débiteurs succède au créancier ou *vice versa*. Sur ce point encore l'art. 1209 est simplement énonciatif.

1242. *b. Exceptions purement personnelles.* Ce sont celles qui ne peuvent être opposées que par le codébiteur en la personne duquel elles ont pris naissance. Telles sont les exceptions tirées du bénéfice du terme ou de la condition stipulée au profit de l'un des codébiteurs seulement. Tels sont les moyens fondés sur l'incapacité de l'un des coobligés, par exemple, sur sa minorité.

1243. Le défaut de consentement de la part de l'un des codébiteurs solidaires ou le vice dont son consentement est entaché, erreur, violence ou dol, n'engendre également qu'une exception *purement personnelle*.

Il en est autrement, d'après la plupart des auteurs, en ce qui regarde la caution [1]. Celle-ci pourrait invoquer le moyen tiré de ce qu'il n'y a pas eu consentement de la part du débiteur principal ou de ce que le consentement de ce dernier a été vicié. Art. 2036. Par rapport à elle, l'exception née d'une pareille cause serait « inhérente à la dette » et non pas « purement personnelle ». Mais il n'y a rien d'étonnant à ce que ces expressions n'aient pas, en matière de cautionnement, le même sens qu'en matière de solidarité passive : l'obligation de la caution est accessoire et subordonnée ; il est donc normal que son sort soit lié à celui de l'obligation cautionnée. Au cas de solidarité passive, au contraire, toutes les obligations sont principales et directes. Chaque débiteur est, au regard du créancier, dans la même situation que s'il était débiteur unique, et, par conséquent, cette circonstance que l'obligation de l'un de ses codébiteurs peut être annulée ou déclarée inexistante ne saurait lui permettre de se soustraire à l'exécution de la sienne. Cette différence reparaît, d'ailleurs, dans la disposition de l'art. 1294. Tandis, en effet, que la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, un débiteur solidaire n'est pas admis à opposer la compensation de ce que le créancier doit à un autre codébiteur. C'est encore une conséquence du même principe [2].

1244. Mais, à propos de cette exception, ainsi, d'ailleurs, qu'à propos de celle qui est déduite de l'incapacité de l'un des débiteurs solidaires, s'agite la question suivante. Si le débiteur à qui appartient l'exception a été poursuivi et a fait annuler son obligation, ses codébiteurs, poursuivis ultérieurement, ne pourront-ils pas, du moins, en se fondant sur ce qu'ils n'ont plus de recours contre lui, demander la déduction de sa part ? Non, à notre avis, et nous ne croyons même pas qu'il y ait lieu de se prononcer en sens inverse pour le cas

[1] V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat, du cautionnement...*, n. 948, et les autorités citées.

[2] *Sic* Troplong, *Cautionnement*, n. 497 ; Aubry et Rau, IV, p. 24; Rodière, *op. cit.*, n. 77; Larombière, III, p. 459 (art. 1208, n. 10); Demolombe, XXVI, n. 386; Laurent, XVII, n. 299 300.

où les débiteurs actuellement poursuivis n'ont pas eu connaissance de l'exception qui appartient à leur coobligé. Chacun des débiteurs solidaires s'est engagé pour le tout. Au regard du créancier, il est tenu comme s'il était seul débiteur, et, par conséquent, c'est seulement dans ses rapports avec ses coobligés qu'il peut prétendre à un recours. D'ailleurs, cette circonstance que le créancier a poursuivi d'abord le débiteur à qui appartient l'exception ne saurait changer la nature de celle-ci. Elle reste donc purement personnelle. Or, la loi dit que les débiteurs solidaires ne peuvent pas opposer les exceptions purement personnelles à l'un de leurs coobligés. Art. 1208, al. 2. Voilà qui résout la question [1].

1245. Le concordat accordé au débiteur solidaire qui est en faillite ne profite pas à ses codébiteurs. Art. 545 C. com. La remise concordataire doit être soigneusement distinguée de la remise volontaire de la dette. Vu sa nature, elle ne doit avoir qu'un effet relatif. La faillite laisse subsister l'intégralité de la dette : « Elle procure seulement au failli, dit M. Thaller, un moyen de sortir de la *solidarité* moyennant un prix qui est précisément le dividende. Ce prix, c'est le concordat qui le liquide. Aussi longtemps que la faillite suivait son cours, les coobligés solvables demeuraient tenus pour le tout : preuve évidente que le jugement déclaratif n'avait point réduit le chiffre de l'obligation et en avait respecté le montant. Pourquoi voudrait-on que ces coobligés fussent libérés une fois le concordat voté et le dividende arrêté sous la forme de promesses à acquitter plus tard ? Ce qu'il faudrait taxer d'illogique, c'est une disposition qui statuerait dans un sens opposé à l'art. 545 » [2].

1246. Il nous faut maintenant déterminer la nature de l'exception qui découle de certains modes d'extinction des obligations.

[1] *Sic* Larombière, III, p. 460 (art. 1208, n. 10 *in fine*) ; Laurent, XVII, n. 300. — *Contra* Rodière, *op. cit.*, n. 77. — Pour la distinction, suivant que les débiteurs poursuivis ont connu ou n'ont pas connu l'exception appartenant à leur coobligé, Demolombe, XXVI, n. 387-388.

[2] *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e édit., p. 1083, n. 2106, al. 1, 2 et 3. — V. aussi Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, II, n. 2916 *bis*, et *Tr. de dr. comm.*, VII, n. 622 ; Valabrègue, *Nouv. cours de dr. comm.*, n. 367, p. 498.

1° Lorsque le créancier consent à recevoir de l'un des débiteurs une chose autre que celle qui est due, ils sont tous libérés. En d'autres termes, la dation en paiement, comme le paiement lui-même, a un effet absolu et engendre une exception commune à tous les codébiteurs.

1247. 2° Il en est de même de la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires. Art. 1281, al. 1er. En cela rien que de très naturel, la novation n'étant qu'une dation en paiement. On ne comprendrait pas, d'ailleurs, que les autres débiteurs fussent, sans y avoir consenti, tenus de la dette nouvelle, c'est-à-dire d'une dette à la naissance de laquelle ils sont, par hypothèse, demeurés étrangers. Toutefois, lorsque le créancier exige l'accession des codébiteurs, l'ancienne obligation subsiste si ces derniers refusent d'accéder au nouvel engagement. Art. 1281, al. 3. Dans ce cas, il n'y a pas novation.

1248. 3° Chacun des coobligés étant débiteur du total, celui d'entre eux qui est poursuivi peut opposer au créancier la compensation pour la dette entière, si du moins le montant de la créance qu'il a contre lui est suffisant. La situation est alors la même que s'il avait payé la dette, et, par conséquent, tous les débiteurs sont libérés. Ainsi la compensation, déjà opposée par le débiteur solidaire du chef duquel elle s'est opérée, constitue un moyen commun.

1249. Mais, dans le système du Code civil : « Le débiteur solidaire ne peut... opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur ». Art. 1294, al. 3. En un mot, le moyen tiré de la compensation est personnel. Cette disposition semble contraire aux principes qui gouvernent la compensation et la solidarité. La compensation équivaut à un double paiement. Le créancier à qui on l'oppose reçoit en paiement la libération de la dette dont il était lui-même tenu envers son débiteur. Or (si nous supposons, bien entendu, la réunion des conditions exigées par la loi), la compensation a lieu de plein droit, c'est-à-dire dès l'instant que les deux créances coexistent. Ainsi, au cas où elle s'opère à l'égard d'un débiteur solidaire, ses coobligés sont dans la même situation que s'il avait payé la dette commune. Ils devraient donc pouvoir opposer la compensation.

Si le législateur a consacré la solution contraire, c'est sur la proposition du Tribunat. Cette proposition était ainsi motivée par la section de législation : « Si l'on pouvait opposer la compensation de ce qui serait dû à un autre qu'à soi-même, quoique cet autre fût un codébiteur solidaire, ce serait donner lieu à des difficultés sans nombre ; ce tiers se trouverait engagé malgré lui dans des procès désagréables ; il faudrait examiner contradictoirement avec lui si la dette existe, jusqu'à quel point elle existe, si elle est susceptible de compensation, etc. Il est naturel que la compensation n'ait lieu entre deux personnes que pour ce qu'elles se doivent directement l'une à l'autre » (1). En un mot, on n'a pas voulu qu'un débiteur solidaire pût s'immiscer dans les affaires particulières de son codébiteur. La raison donnée par la section de législation est loin d'être concluante : la compensation suppose que les deux dettes sont liquides (art. 1291) et que, par conséquent, leur existence n'est pas douteuse. Si cette condition ne se rencontre pas, la compensation ne saurait s'opérer. Ainsi, lorsque notre question se pose, la complication prévue par le Tribunat ne peut pas se présenter (2). Quoi qu'il en soit, le motif que nous venons d'indiquer a été pris en considération par le législateur. On pourrait, d'ailleurs, en ajouter un autre : il est de la nature de la solidarité passive que chacun des codébiteurs soit exposé à faire l'avance du tout et que, sur ce point, il soit à la merci de la détermination du créancier. Or cette éventualité disparaîtrait si le débiteur poursuivi pouvait opposer la compensation du chef de son coobligé. Ce dernier, en effet, ferait nécessairement l'avance (3).

1250. Il reste à savoir si le moyen déduit de la compensation qui n'a pas encore été opposée par le codébiteur créancier, est purement personnel. Précisons la question : si, dans notre hypothèse, le débiteur poursuivi n'est pas admis à opposer la compensation pour le tout, ne peut-il pas, du moins, l'opposer pour la part que le débiteur créancier doit supporter définitivement dans la dette ? Dans notre ancien droit, Domat lui

(1) Fenet, XIII, p. 162 *in fine ;* Locré, XII, p. 279, n. 57.
(2) Laurent, XVII, n. 338, p. 340, al. 2 *in fine.*
(3) Colmet de Santerre, V, n. 142 *bis*-II ; Demolombe, XXVI, n. 399.

reconnaissait cette faculté, en se fondant sur ce que, par l'effet de la compensation, le débiteur créancier n'était plus tenu de sa part dans la dette (1). Pothier reproduisait cette décision, mais il croyait devoir la justifier autrement : « Cette raison (la raison donnée par Domat), disait-il, n'est pas tout-à-fait concluante : car lorsqu'un débiteur solidaire paie le total de la dette, ce n'est que vis-à-vis de ses codébiteurs qu'il est censé payer pour eux les parts dont ils sont chacun tenus de la dette, les codébiteurs solidaires n'étant entre eux tenus de la dette que pour leur part : mais un débiteur solidaire étant vis-à-vis du créancier débiteur du total, lorsqu'il paie le total, ce n'est point vis-à-vis du créancier qu'il paie les parts de ses codébiteurs; il paie ce qu'il doit lui-même, et par conséquent il ne peut opposer en compensation que ce qui lui est dû à lui même, et non ce qui est dû à ses codébiteurs ; et c'est sur cette raison qu'est fondée la décision de Papinien (2). On peut dire en faveur de celle de Domat qu'elle évite un circuit : car, lorsque Paul m'aura payé pour le total de la dette qu'il me doit solidairement avec Pierre, Paul aura recours contre Pierre pour la part dont il en était tenu ; et pour cette part il saisira entre mes mains ce que je dois à Pierre, et me fera rendre, jusqu'à concurrence de cette part, ce que j'aurai reçu. Cette dernière raison doit faire suivre dans la pratique la décision de Domat » (3).

Sous l'empire du Code, cette solution nous paraît inadmissible. L'art. 1294, al. 3, dispose en termes absolus que le débiteur solidaire « ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur ». Cette formule ne permet pas de distinguer entre le cas où la compensation est opposée pour le tout et celui où elle est opposée simplement pour la part du codébiteur qui est devenu créancier. Au surplus, il ressort des travaux préparatoires que la rédaction de l'art. 1294, al. 3, s'explique par la volonté qu'avait le législateur de proscrire la décision de Domat et de Pothier. Parlant

(1) *Lois civiles*, 1re partie, liv. III, tit. III, sect. I, n. 8 *in fine*, (édit. Rémy, II, p. 75).

(2) L. 10, D., *De duob. reis*, XLV, 2.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 274 (édit. Dupin, I, p. 135).

du débiteur solidaire poursuivi, le tribun Mouricault s'exprimait ainsi : « Il n'y a que les exceptions personnelles à chacun ou à quelques-uns des autres codébiteurs qui lui soient interdites. Il en faut conclure qu'il ne peut opposer la compensation des créances qui lui sont étrangères. Domat cependant embrasse et défend l'opinion contraire. Mais Pothier, tout en l'adoptant, observe et prouve que les motifs n'en sont pas concluants. C'est donc avec raison que *le projet a rejeté cette opinion* » (1).

Cependant, aujourd'hui encore, de nombreux auteurs enseignent que le débiteur poursuivi peut opposer la compensation pour la part du codébiteur créancier. Ils invoquent dans ce sens les mêmes considérations que Pothier. Mais elles ne sauraient l'emporter sur le texte formel et l'esprit de la loi. Ajoutons que la principale pêche par la base : Si, disent-ils, le débiteur poursuivi est tenu de payer le total, y compris la part du codébiteur du chef duquel la compensation s'est opérée, il deviendra créancier de celui-ci et pourra, en cette qualité, faire une saisie-arrêt sur la somme due à ce coobligé par le créancier commun. Ce dernier sera, par suite, dans la nécessité de lui rendre, à concurrence de la part du codébiteur créancier, ce qu'il aura reçu de lui. Il est bien plus simple que le débiteur poursuivi soit dispensé de payer cette part.

Ce raisonnement serait fondé si la saisie-arrêt produisait les mêmes effets que la compensation. Mais il n'en est point ainsi : elle ne confère pas de privilège au codébiteur saisissant et lui donne simplement le droit de venir par contribution, sur la somme arrêtée, avec les autres créanciers du codébiteur saisi. Tout autre serait le résultat de la compensation : elle procurerait au débiteur poursuivi l'avantage d'un paiement intégral. Le droit de compenser ne saurait donc découler du droit de saisir-arrêter (2).

(1) Fenet, XIII, p. 427; Locré, XII, n. 33, p. 566.

(2) *Sic* Duvergier sur Toullier, IV, 1re partie (ancien tome VII), n. 377, p. 295, note *a ;* Colmet de Santerre, V, n. 142 *bis*-III ; Lair, *De la compensation,* p. 252; Demolombe, XXVI, n. 401 ; Mourlon, II, n. 1266; Laurent, XVII, n. 339; Vigié, II, n. 1633, p. 740 *in fine;* Thiry, III, n. 24, p. 32. — *Contra* Delvincourt, II, p. 507 et 508 ; Toullier, VI, n. 733, et VII, n. 377; Duranton, XII, n. 429-430;

1251. 5° Quant à la remise de la dette consentie à l'un des débiteurs solidaires, elle engendre une exception commune lorsqu'elle porte sur la dette entière. Il n'y a pas, d'ailleurs, à distinguer suivant qu'elle est expresse ou tacite. Dans la première hypothèse, la remise n'est restreinte à la part du débiteur auquel elle a été faite que si le créancier a réservé expressément ses droits contre les autres. Art. 1284 et 1285, al. 1er. C'est avec raison que cette disposition est critiquée. Nous le montrerons plus loin (1). Mais, quand la remise est partielle, le créancier ne peut plus demander le paiement que déduction faite de la part du débiteur auquel la remise a été faite. Art. 1285, al. 2. Donc, en pareil cas, l'exception est simplement personnelle.

1252. 6° La prescription fournit-elle une exception commune ? Nous devons d'abord expliquer dans quelles circonstances la question peut se présenter. Que faut-il pour que la prescription se soit accomplie à l'égard de l'un des débiteurs solidaires et non pas à l'égard des autres ? Un pareil résultat ne saurait être la conséquence de ce fait que la prescription a été interrompue seulement au regard de l'un des codébiteurs. On a vu que les poursuites exercées contre l'un d'entre eux interrompent la prescription à l'égard de tous, et nous avons ajouté qu'il en était de même de la reconnaissance faite par l'un des débiteurs solidaires. Ainsi, au cas d'interruption, il est impossible que la prescription ait continué à courir au profit de certains codébiteurs seulement, et, par conséquent, dans cette hypothèse, notre question ne se conçoit pas. Mais elle peut se poser lorsque la prescription n'a pas pu commencer à courir en faveur de l'un des débiteurs, l'obligation de celui-ci étant affectée d'un terme ou d'une condition suspensive. Elle peut se poser également lorsqu'il y a eu suspension de la prescription en faveur de l'un des coobligés, soit parce qu'il était en état de minorité ou d'interdiction, soit parce qu'il s'agit d'une débitrice qui est devenue l'épouse

Marcadé, V, n. 839; Rodière, *op. cit.*, n. 81; Aubry et Rau, IV, p. 26, note 19; Larombière, III, p. 447 (art. 1208, n. 3) et V, p. 197 (art. 1294, n. 5); — Cpr. Desjardins, *De la compensation*, n. 126. — Toulouse, 14 août 1818, S. chr., V, 2. 413.

(1) V. *infra*, n. 1279.

du créancier [1]. Dans ces diverses hypothèses, le débiteur, au profit duquel la prescription n'a pas couru ou, tout au moins, ne se trouve pas accomplie, peut-il s'en prévaloir du chef des autres?

M. Colmet de Santerre soutient la négative, en y opposant toutefois ce tempérament que le débiteur, en faveur duquel la prescription n'a pas eu lieu, ne pourrait être poursuivi que déduction faite de la part de ses coobligés. Si l'on admettait que le débiteur à terme, par exemple, est tenu pour le total, il faudrait, ou lui refuser tout recours contre ses codébiteurs, ce qui serait inique, ou lui accorder un recours, ce qui priverait ses codébiteurs du bénéfice de la prescription. D'autre part, ajoute M. Colmet de Santerre, on ne saurait reconnaître au débiteur à terme le droit d'opposer la prescription pour le tout, car elle n'a pas pu courir à son profit. La solution, d'après le même auteur, est fournie par l'analogie qui existerait entre notre cas et celui où la remise de la dette a été faite expressément au profit d'un seul des débiteurs. Cette remise n'est pas autre chose qu'une renonciation à la dette. Or, la prescription suppose une renonciation tacite. On est donc autorisé, pour déterminer ses effets au regard des autres débiteurs, à lui étendre l'application de la règle posée dans l'art. 1285, al. 2. En résumé, la prescription fournirait une exception personnelle ou, comme on dit encore, simplement personnelle.

Nous n'hésitons pas à rejeter ce système. La prétendue analogie sur laquelle il se fonde pour appliquer ici la disposition de l'art. 1285, al. 2, n'existe pas. La prescription a bien moins pour base une présomption de remise de dette qu'une présomption de paiement. Il ne convient donc pas, en cette matière, d'argumenter de la disposition de l'art. 1285, al. 2. Pour résoudre notre question, il faut se placer sur un terrain tout différent : le paiement et les autres modes d'extinction équivalant au paiement ont un effet absolu en ce

[1] La difficulté ne peut pas se présenter quand c'est la femme qui est créancière. Dans ce cas, la prescription est suspendue à l'égard de tous les débiteurs, car, s'il n'en était pas ainsi, la femme serait dans la nécessité d'intenter, contre les codébiteurs de son mari, une action qui réfléchirait contre ce dernier. Art. 2256.

sens que lorsqu'ils libèrent un débiteur solidaire, ils libèrent aussi les autres. Or nous venons précisément de dire que la prescription repose avant tout sur une présomption de paiement. Elle doit donc éteindre la dette au regard de tous les coobligés, comme le ferait le paiement lui-même.

On objecte que le créancier n'avait pas à interrompre la prescription à l'égard du débiteur au profit duquel elle ne courrait pas et que celui-ci ne saurait être admis à se prévaloir d'une prescription qui ne s'est pas accomplie à son profit. L'objection ne porte pas, car ce débiteur invoque la prescription, non pas de son propre chef, mais du chef de ses coobligés (1).

1253. Cette question peut s'élever aussi lorsque la durée de la prescription n'étant pas la même pour tous les débiteurs solidaires, celle-ci n'est accomplie que par rapport à certains d'entre eux. Tel est le cas lorsqu'un billet à ordre a été souscrit par des commerçants et par des non commerçants. Alors, en effet, la prescription s'opère par cinq ans à l'égard des premiers et par trente ans à l'égard des autres. Or, dès que le plus court de ces laps de temps se sera écoulé, la prescription pourra être invoquée par tous les souscripteurs (2).

1254. 7° Quand le serment est déféré ou référé à l'un des débiteurs solidaires et que celui-ci jure qu'il n'est rien dû, ce serment profite aux autres débiteurs. Art. 1365, al. 4. Cette disposition découle de cette idée, énoncée par le droit romain et reproduite par Pothier, que le serment équivaut au paiement (3).

B. *Des effets de la solidarité dans les rapports des codébiteurs entre eux.*

1255. C'est seulement au regard du créancier que chacun des débiteurs solidaires est tenu pour le tout. La plupart du

(1) *Sic* Demolombe, XXVI, n. 413-414. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 142 *bis*-V; Laurent, XVII, n. 335, al. 2, p. 337.

(2) Demolombe, XXVI, n. 415. — Civ. cass., 8 déc. 1852, S., 52. 1. 795, D. P., 53. 1. 80. — Pour l'arrêt qui était déféré à la cour suprême (Bordeaux, 14 fév. 1849), V. S., 49. 2. 500, D. P., 49. 2. 89.

(3) L. 27, D., *De jurejurando*, XII, 2; Pothier, *Oblig.*, n. 919, al. 4 (édit. Dupin, I, p. 534).

temps, les coobligés, dans leurs rapports entre eux, ne sont respectivement tenus de la dette que chacun pour sa part. Nous devons distinguer ici deux hypothèses : celle où tous les débiteurs solidaires sont intéressés dans l'affaire pour laquelle a été contractée la dette solidaire, et celle où cette affaire ne concerne que l'un des codébiteurs.

N° 1. *Du cas où tous les débiteurs solidaires sont intéressés.*

1256. En principe, c'est-à-dire dans le silence de la convention, tous les codébiteurs doivent supporter définitivement leur part dans la dette. En d'autres termes, dans les rapports des coobligés entre eux, la dette doit être considérée comme simplement conjointe. Telle est la disposition de l'art. **1213**, ainsi conçu : « *L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion.* » Cette disposition est fondée sur cette idée qu'il existe, entre les débiteurs solidaires, une société ou, au moins, une communauté d'intérêt.

Sauf convention contraire, chacun des coobligés doit supporter dans la dette sa part virile, car, du moment qu'ils ne se sont pas expliqués sur ce point, il est naturel de supposer qu'ils ont tous, dans celle-ci, un intérêt égal. Mais ce mode de répartition doit être écarté s'il est prouvé, conformément au droit commun [1], que la convention leur a assigné des parts inégales.

1257. Il résulte de la disposition de l'art. **1213** que le débiteur solidaire qui a payé a un recours contre ses collègues pour obtenir le remboursement de la part et portion de chacun d'entre eux. Comme garantie de ce recours, il a le bénéfice de la subrogation légale : « La subrogation, dit l'art. 1251, a lieu de plein droit : ..... 3° Au profit de celui

[1] Jugé que lorsqu'il s'agit d'une somme supérieure à 150 francs, un commencement de preuve par écrit est nécessaire pour que la convention assignant aux codébiteurs solidaires des parts inégales dans la dette puisse être prouvée au moyen de témoignages ou de simples présomptions. Liège, 3 mars 1886, D. P., 88. 2. 71. — V. aussi Trib. civ. Bordeaux, 31 mars 1897, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 97. 2. 65.

qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. » Le débiteur solidaire qui a payé est visé par ce texte, car, en ce qui regarde les parts de ses coobligés, c'est *pour d'autres* qu'il était tenu de la dette. Il peut donc, en vertu de l'art. 1351-3°, exercer l'action du créancier et profiter des sûretés particulières, notamment des hypothèques, attachées à la créance.

1258. Le législateur complète la disposition de l'art. 1213 en décidant que : « *Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux.* » Art. 1214, al. 1. On s'accorde à reconnaître que cette décision n'allait pas de soi. Le débiteur solidaire qui paie est subrogé légalement dans les droits du créancier. Or, celui-ci pouvait demander le total. Pourquoi donc le codébiteur subrogé ne peut-il pas en faire autant, sous la déduction, toutefois, de la part qui lui incombe dans la dette ? Dans notre ancien droit, le codébiteur solidaire qui payait n'avait pas le bénéfice de la subrogation légale ; mais notre question se posait néanmoins, car ce codébiteur pouvait, au moment du paiement, requérir la subrogation conventionnelle. Pothier, prévoyant le cas, se prononçait pour la solution qui a été consacrée par le Code civil, et il la justifiait ainsi : « La raison est qu'autrement il se ferait un circuit d'actions : car celui de mes codébiteurs, à qui j'aurais fait payer le total de la créance, ma part déduite, aurait droit, en payant, d'être pareillement subrogé aux actions du créancier, sous la déduction de la part dont il est lui-même tenu ; et, en vertu de cette subrogation, il aurait droit d'exiger de moi, sous la déduction de sa part, ce qu'il m'aurait payé, puisque je suis tenu moi-même de la solidité. Je ne pourrais pas dire, pour me défendre de ce circuit, que je ne suis plus débiteur, ayant payé le créancier ; car, au moyen de la subrogation, le paiement, que j'ai fait, n'a éteint la dette que pour la part dont j'en étais tenu pour moi-même, et non pour le surplus ; au moyen de la subrogation, j'ai plutôt acquis la créance du créancier pour le surplus, que je ne l'ai acquittée. Mais étant remboursé par mon codébiteur qui aurait aussi requis la subrogation, cette créance, pour le surplus et sous

la déduction de la part dont il est lui-même tenu, passerait en la personne de ce codébiteur : ce ne serait plus moi, mais lui qui serait le *procurator in rem suam* du créancier, et qui, en cette qualité, aurait droit d'exercer contre moi les actions du créancier pour ce surplus, et de me faire rendre ce qu'il m'a payé » (1). C'est bien la même considération qui a déterminé les auteurs du Code, ainsi qu'en témoignent ces paroles de Bigot-Préameneu : « Le recours des codébiteurs entre eux, soit lorsque l'un d'eux a payé la totalité, soit lorsqu'il y en a d'insolvables, ne peut être par action solidaire. La solidarité ne doit pas s'étendre au delà de ce qui est exprimé par la convention ; et lors même que le débiteur qui a payé la totalité est subrogé dans tous les droits du créancier, il ne doit pas être admis à exercer celui de la solidarité, parce qu'alors il y aurait un circuit d'actions réciproques, dont le résultat serait que chacun ne paierait qu'à raison de ce qu'il aurait participé à la cause de la dette » (2).

Certains auteurs critiquent cette explication et en proposent d'autres (3), qui, en réalité, sont moins satisfaisantes (4). Nous croyons devoir nous en tenir à la raison donnée par Pothier, car c'est la seule que le législateur ait connue (5).

1259. Il est évident que cette raison ne perd rien de sa force lorsque le codébiteur qui a payé s'est fait subroger conventionnellement dans les droits du créancier. La subrogation conventionnelle et la subrogation légale ont des effets identiques. Quand la première s'ajoute à la seconde, elle fait double emploi avec elle ; en d'autres termes, elle ne présente

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 281, al. 2 *in fine* (édit. Dupin, I, p. 145). — La question était controversée. — V. dans le même sens que Pothier, Favre, *Conject.*, liv. II, ch. XI; Barbier, *Notes sur Argou*, II, p. 324; Renusson, *Subrogation*, ch. VIII. — En sens contraire, Maynard, liv. VIII, ch. XCVIII; d'Olive, liv. IV, ch. XXXI; Catelan, liv. V, ch. XLIX ; Ferrière, *Cout. de Paris*, art. 108, § 4, n. 2; Loyseau, *Déguerp.*, liv. II, ch. VIII, n. 11 ; Argou, *Instit. au dr. franç.*, IV, ch. II, t. II, p. 324.

(2) Fenet, XIII, p. 256 ; Locré, XII, p. 355 *in fine*, n. 96.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 148 *bis*-I ; Demolombe, XXVI, n. 432.

(4) V. ce que dit Laurent de l'opinion de M. Colmet de Santerre, Laurent, XVII, n. 358, p. 361.

(5) *Sic* Laurent, n. 358, p. 360; Arntz, III, n. 132; Thiry, III, n. 25, p. 34; Vigié, II, n. 1465, p. 666; Huc, VII, n. 333 *in fine*, p. 448.

alors aucune utilité. On ne voit donc pas pourquoi elle pourrait, à la différence de la subrogation légale, permettre au codébiteur subrogé de faire naître le circuit d'actions. D'ailleurs l'art. 1214 ne distingue pas entre les deux subrogations : ses termes sont absolus. Et cela se comprend : le législateur n'ignorait point les difficultés auxquelles donnait lieu dans l'ancien droit la subrogation conventiennelle du débiteur solidaire qui avait payé ; il a certainement voulu en empêcher le retour. Au surplus, il est remarquable que, dans le passage précité, c'est spécialement la subrogation conventionnelle que Bigot-Préameneu paraît avoir en vue : «... *lors même,* dit-il, que le débiteur qui a payé la totalité est subrogé... » S'il avait fait allusion à la solidarité légale, il aurait dit : «... *bien que* le débiteur qui a payé la totalité soit subrogé... ». — *Adde* arg. art. 875 C. civ. (1).

1260. La solidarité impliquant une société entre codébiteurs, le législateur dispose que : « *Si l'un d'eux* (des débiteurs solidaires) *se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement* ». Art. 1214, al. 2. C'est un principe général qu'entre associés, les pertes sont en commun, de même que les bénéfices. Cette circonstance accidentelle qu'il a plu au créancier de s'adresser à tel des codébiteurs plutôt qu'à tel autre, ne saurait faire échec à cette règle. Il serait également contraire au droit et à l'équité que le débiteur solidaire qui a fait l'avance du paiement fût seul à supporter le préjudice dont nous parlons (2).

L'insolvabilité dont il est question dans l'art. 1214, al. 2, est exclusivement celle qui existait au moment où l'un des codébiteurs a payé. C'est alors, en effet, que le droit au recours

(1) *Sic* Duranton, XI, n. 244, et XII, n. 167 ; Delvincourt, II, p. 717 ; Marcadé, IV, n. 624 ; Rodière, *Solid. et indiv.*, n. 133 ; Troplong, *Cautionn.*, n. 433 s. ; Gauthier, *Subrog.*, n. 405 s. ; Mourlon, *Subrog.*, p. 47 ; Colmet de Santerre, V, n. 148 *bis*-II, Aubry et Rau, IV, p. 32 ; Larombière, IV, p. 365 (art. 1251, n. 48) ; Demolombe, XXVI, n. 433 ; Laurent, XVII, n. 360 ; Huc, VII, n. 333 *in fine*. — Liège, 3 mars 1886, D. P., 88. 2. 71. — *Contra* Toullier, VII, n. 163. Cet auteur est demeuré seul de son avis.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 281, dern. al. (édit. Dupin, I, p. 146).

prend naissance et que, par conséquent, se détermine, au regard de chacun des autres codébiteurs, le montant de ce recours. Quant aux insolvabilités qui pourront se produire dans la suite, elles sont à la charge de celui qui a payé. C'était à lui de se hâter de poursuivre le remboursement. Il est naturel qu'il supporte les conséquences de sa négligence [1].

Mais la perte résultant de l'insolvabilité de l'un des débiteurs solidaires se répartit « par contribution » entre ses coobligés. Art. 1214, al. 2. Cela signifie que cette répartition est proportionnelle à celle du montant de l'obligation. Ainsi, suivant la façon dont la dette se divise entre les codébiteurs solvables, leurs parts dans le préjudice dont il s'agit sont égales ou non.

1261. L'art. 1215 insiste sur le principe posé dans l'art. 1214, al. 2, et résout une difficulté que l'application de ce principe avait fait naître : « *Dans le cas,* dit l'art. 1215, *où » le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des » débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs devien- » nent insolvables, la portion des insolvables sera contributoi- » rement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux » précédemment déchargés de la solidarité par le créancier.* » Si, en effet, celui-ci peut faire remise de la solidarité à l'un des coobligés, il ne peut pas changer les rapports de ces derniers entre eux ; il ne peut donc pas aggraver la situation de ceux qui ne bénéficient pas de la remise. Or, c'est précisément ce qui arriverait si la perte dont nous parlons devait être exclusivement supportée par ces codébiteurs.

1262. Mais l'application de l'art. 1215 fait naître une question fort délicate : Quand le législateur dispose que « la portion des insolvables sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, *même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier* », veut-il dire que ces derniers supporteront effectivement la perte, proportionnellement à l'intérêt qu'ils avaient dans la dette ? Ou veut-il dire qu'ils viendront simplement grossir le nombre des codébiteurs

[1] Rodière, *op. cit.*, n. 136 ; Larombière, III, p. 504 (art. 1214, n. 9, dern. al.) ; Demolombe, XXVI, n. 435. — Bordeaux, 24 mars 1897, *Rev. des Soc.*, 1898, 17.

pour le calcul des parts contributives et que la perte retombera à la charge du créancier dans la mesure des parts qui leur seront afférentes?

La plupart des auteurs se prononcent dans le dernier sens. Le codébiteur qui a été déchargé de la solidarité n'a désormais, dit-on, que la qualité de codébiteur conjoint. Il n'est plus tenu que de sa part virile dans la dette, et, comme il n'existe plus aucun lien entre lui et les autres débiteurs, il ne saurait, en cas d'insolvabilité de l'un d'eux, supporter contributoirement la perte qui en résulte. C'est, d'ailleurs, ce que décidait Pothier [1]. On ajoute que la solution contraire a pour conséquence d'anéantir l'effet de la remise.

C'est l'autre opinion que nous suivrons. En tant que s'appliquant aux codébiteurs non déchargés, la disposition de l'art. 1215 signifie certainement que chacun de ces codébiteurs doit payer, proportionnellement au quantum de sa propre part, celle des insolvables. Pourquoi n'aurait-elle pas le même sens en tant que s'appliquant aux codébiteurs déchargés? Il est manifestement inexact d'ailleurs qu'en interprétant comme nous le faisons cette disposition, nous détruisions la remise de solidarité. Les codébiteurs à qui elle a été consentie ne cesseront pas moins d'être exposés à payer le total de la dette et à faire ainsi une avance aux autres codébiteurs. Nous avons donc, en définitive, à nous demander si l'intention du créancier a été de n'attribuer à la remise que ce dernier effet ou s'il a entendu, en outre, que les codébiteurs déchargés fussent affranchis de la contribution dont il s'agit. Or, dans le doute, la première interprétation s'impose : on ne saurait présumer une renonciation. Enfin cette opinion peut encore se fonder sur les explications données par la section de législation du Tribunat, à la demande duquel la disposition de l'art. 1215 a été introduite dans le Code : « Après avoir comparé les motifs pour et contre, l'avis de la section

[1] Pothier décidait que le créancier qui avait déchargé un des codébiteurs, pouvait « agir contre chacun des autres solidairement, et sous la déduction de la part seulement de celui qu'il a déchargé, et de ce que celui qu'il a déchargé aurait été tenu de porter, pour sa part, des portions de ceux d'entre eux qui seraient insolvables ». *Oblig.*, n. 275, al. 4 (édit. Dupin, I, p. 136).

est que *la perte qui résulte de l'insolvabilité ne doit nullement regarder le créancier, mais qu'elle doit être supportée par les débiteurs déchargés de la solidarité, comme par ceux qui ne le sont pas.* Il suffit de rappeler que l'acte primitif qui a établi la solidarité contient deux obligations bien distinctes, l'une entre le créancier et les débiteurs, l'autre entre chaque débiteur et ses codébiteurs. Lorsque le créancier décharge l'un d'eux de la solidarité, il use d'une faculté résultant de la première convention, car celui qui peut demander le paiement du tout, peut se restreindre au paiement d'une partie. Mais le débiteur qui n'a payé qu'une partie, parce que le créancier a bien voulu s'en contenter, n'est pas déchargé de la seconde obligation formée entre les débiteurs seuls. Cette seconde obligation est absolument étrangère au créancier; elle subsiste toujours tant que les débiteurs n'ont pas compté entre eux ou qu'il reste quelque chose à compter. Or, un des points essentiels de cette obligation est que la portion des insolvables soit répartie entre eux tous : il n'est pas plus permis au créancier d'en dégager le débiteur qu'à celui-ci de s'y soustraire » (1). Nous reconnaissons que le motif donné par la section de législation ne justifie point la disposition de l'art. 1215. Sans doute de ce que le créancier ne pourrait pas faire supporter par les codébiteurs non déchargés la part contributive des bénéficiaires de la remise, on ne saurait conclure que cette part ne peut pas retomber à sa charge (2). Mais, quelque faible que soit la raison invoquée à l'appui de la décision du législateur, celle-ci n'en est pas moins certaine (3).

(1) Fenet, XIII, p. 155; Locré, XII, n. 35, p. 270 *in fine*, 271. — Il faut rapprocher de ces explications, le passage suivant de l'*Exposé des motifs* : « ...L'équité, dit-il, veut que le codébiteur qui paie la part entière ait son recours contre ses codébiteurs... C'est entre tous les codébiteurs un lien de droit que le créancier n'est pas le maître de rompre; et s'il divise la dette à l'égard des codébiteurs, on ne doit pas en conclure qu'il ait interverti les recours respectifs des codébiteurs entre eux. La division de la dette n'a pu être consentie ni acceptée que sauf le droit d'autrui; ainsi *le codébiteur déchargé de la solidarité envers le créancier, a dû compter qu'il lui restait encore une obligation à remplir à l'égard de ses codébiteurs, en cas d'insolvabilité de quelques-uns d'entre eux* ». Fenet, XIII, p. 255; Locré, XII, n. 95, p. 354 *in fine*, 355.

(2) V. C. Aubry, *Note* post-citée, D. P., 82. 1. 443, col. 2.

(3) *Sic* Marcadé, IV, n. 625; Colmet de Santerre, V, n. 150 *bis*-I et 150 *bis*-II;

1263. L'interprétation que nous adoptons conduit à décider que si, après la décharge de solidarité, tous les autres codébiteurs deviennent insolvables, le créancier peut demander le total au bénéficiaire de cette remise. Cette conséquence découle nécessairement de la disposition de l'art. 1215. Si le codébiteur déchargé doit supporter proportionnellement la perte au cas d'insolvabilité d'un ou de plusieurs des autres codébiteurs, il s'ensuit qu'il doit la supporter entièrement quand tous ces derniers sont insolvables. Et si, au cas d'insolvabilité d'un ou de plusieurs des autres codébiteurs, le créancier peut déterminer un recours contre lui, on ne voit pas pourquoi lorsque tous les autres codébiteurs sont insolvables et que, par conséquent, ce recours ne saurait prendre naissance, le créancier ne pourrait pas le poursuivre directement. En lui consentant la remise de solidarité, il a simplement entendu le dispenser de faire une avance à ses coobligés. Il peut donc, s'il justifie de l'insolvabilité de tous les autres codébiteurs, lui réclamer le total, car, dans cette hypothèse, il n'est point vrai qu'il lui demande de faire une avance (1).

1264. Les solutions qui précèdent s'appliquent toujours aux insolvabilités futures, c'est-à-dire à celles qui se produisent après la décharge de solidarité. La question de savoir s'il faut les étendre aux insolvabilités actuelles, c'est-à-dire à celles qui existaient au moment où la remise a eu lieu, doit être résolue d'après les circonstances de fait : si, à ce moment, le créancier avait connaissance de ces insolvabilités, on peut décider qu'il a eu l'intention d'en exonérer le bénéficiaire de la remise. Mais on doit se prononcer en sens contraire, si le créancier ignorait les insolvabilités actuelles (2).

Demolombe, XXVI, n. 439; Laurent, XVII, n. 363; Huc, VII, n. 334, p. 449. — Req., 7 juin 1882, S., 82. 1. 321, D. P., 82. 1. 441 (*Note* de M. C. Aubry en sens conforme. — V. dans les deux recueils, les observations de M. le conseiller Lepelletier, rapporteur, et, dans le recueil de D., les conclusions de M. l'avocat général Chévrier, également en sens conforme). — *Contra* Delvincourt, II, p. 510; Toullier, VI, n. 739; Duranton, XI, n. 731; Aubry et Rau, IV, p. 33, texte et note 43; Rodière, *op. cit.*, n. 138; Mourlon, II, n. 1278; Larombière, III, p. 506 (art. 1215, n. 2); Thiry, III, n. 26, p. 35 *in fine*.

(1) Colmet de Santerre, V, n. 150 *bis*-III; Demolombe, XXVI, n. 440.

(2) Demolombe, XXVI, n. 441.

1265. Rien ne s'oppose, d'ailleurs, à ce que le créancier, en déchargeant de la solidarité un codébiteur, déclare l'exonérer des insolvabilités futures et prenne, par conséquent, à sa charge la part qui, dans ces insolvabilités, devrait incomber à ce codébiteur. Cette convention, ajoutant aux effets légaux de la décharge de solidarité, ne peut être qu'expresse, mais, en soi, elle est, certainement licite. Au surplus, pourquoi serait-elle interdite? Non seulement elle n'empire pas la situation des autres codébiteurs, mais elle l'améliore, car, par l'effet de cette convention, le créancier ne pourra les poursuivre que déduction faite de la part du codébiteur déchargé (1).

1266. Le débiteur solidaire qui a exécuté l'obligation a le droit de comprendre dans son recours les intérêts de ce qu'il a payé au delà de sa part personnelle, calculés à dater du jour même du paiement. Doctrine et jurisprudence sont d'accord sur ce point. Certains auteurs fondent cette décision à la fois sur la disposition de l'art. 2021 et sur celle de l'art. 2028 (2). M. Laurent invoque exclusivement la dernière de ces dispositions, et soutient qu'on ne saurait s'appuyer sur l'autre (3). Quant aux auteurs qui n'admettent pas l'existence, entre codébiteurs solidaires, d'un mandat réciproque, ils ne peuvent reconnaître au codébiteur qui a acquitté la dette, le droit aux intérêts de ses avances que par argument de l'art. 2028. En d'autres termes, il leur faut partir de cette idée que, pour ce qui excède sa part personnelle dans la dette, chacun des codébiteurs est caution des autres (4).

Quelle que soit l'explication que l'on préfère, ce n'est pas du chef du créancier et comme subrogé à celui-ci, mais de son propre chef que le codébiteur qui a payé a le droit dont

(1) Colmet de Santerre, V, n. 150 *bis*-IV; C. Aubry, *Note* précitée, D. P., 82. 1. 444, col. 1.

(2) Duranton, XI, n. 246; Aubry et Rau, IV, p. 32, texte et note 38; Demolombe, XXVI, n. 442; Arntz, III, n. 135.

(3) Laurent, XVII, n. 361. — V. aussi Larombière, III, p. 503 (art. 1214, n. 7); Vigié, II, n. 1467. — Nancy, 21 fév. 1877, S., 77. 2. 245, D. P., 78. 2. 14.

(4) Bordeaux, 16 juil. 1830, S. chr., IX, 2. 470, D., *Répert. alph.*, v° *Prêt à intérêt*, n. 120.

nous parlons. Il peut donc réclamer des intérêts alors même que la dette solidaire n'en produisait pas [1].

1267. Les intérêts dus au débiteur solidaire qui a payé peuvent-ils être atteints par la prescription quinquennale, ou faut-il dire que la prescription trentenaire est seule opposable à ce codébiteur? La cour de Nancy [2] et la cour suprême [3], se sont prononcées dans le dernier sens; mais la question fait difficulté [4].

1268. Le débiteur qui a fait l'avance peut-il demander à ses codébiteurs, proportionnellement à leurs parts respectives dans la dette, le remboursement des frais auxquels il a été condamné? Non, en règle générale. D'une part, ces frais lui sont essentiellement personnels, car ils constituent la *peine du plaideur téméraire*. D'autre part, ils n'ont pas tourné au profit de ses consorts.

Tout ce qu'on peut admettre, c'est qu'il y aurait lieu d'écarter l'application de notre principe, s'il était prouvé que, par extraordinaire, les frais dont il s'agit ont procuré un avantage aux autres débiteurs [5].

M. Larombière estime que si le débiteur poursuivi offre immédiatement sa part contributive et appelle ses codébiteurs à sa garantie, il peut leur demander le remboursement soit de ses frais personnels à partir de la dénonciation des poursuites, soit de ceux auxquels il a été condamné envers le créancier [6].

Cette opinion nous paraît erronée. Sans doute, dans ses rapports avec ses consorts, le codébiteur qui a payé est dans une situation analogue à celle de la caution qui a acquitté la dette; mais il ne faut pas exagérer la portée de ce rapprochement. Si le débiteur solidaire, qui a exécuté l'obligation, a un recours contre les autres, il n'en est pas moins vrai que

(1) Aubry et Rau, Demolombe, *loc. cit.*

(2) Nancy, 21 fév. 1877, précité.

(3) Civ. rej., 23 avril 1888, S., 89. 1. 25. — Dans le même sens, Huc, VII, n. 333, p. 448.

(4) V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*, n. 784.

(5) Demolombe, XXVI, n. 443.

(6) Larombière, III, p. 503 (art. 1214, n. 8).

chacun des débiteurs solidaires est principalement tenu de payer le total [1].

1269. Les règles que nous venons d'exposer relativement au recours, sont applicables non seulement au cas de paiement total, mais encore au cas de paiement partiel. Les principes ne permettent pas de distinguer : que l'un des codébiteurs paie l'intégralité ou seulement une partie de la dette, il agit aussi bien dans l'intérêt de ses coobligés que dans son intérêt personnel. Si l'art. **1214** suppose que la dette a été acquittée « en entier », c'est, comme le dit M. Larombière, parce qu'il a pour but de déterminer la portée du recours.

Ainsi, lorsqu'un débiteur solidaire a payé un simple acompte sur la dette échue, il peut immédiatement, à concurrence de cet acompte, demander le remboursement à chacun de ses codébiteurs [2]. Et il en est ainsi alors même que la somme par lui payée n'est pas supérieure à la part qui doit demeurer à sa charge dans la dette. Sans doute, si le versement par lui opéré est inférieur à cette part, le paiement serait insuffisant pour le libérer complètement lui-même. Et cependant, comme, dans ce cas, le paiement a éteint partiellement la dette solidaire, il a libéré dans une certaine mesure les autres débiteurs [3].

Nous ferons observer que notre question ne se pose pas lorsque, la convention ayant fixé plusieurs termes du capital, le paiement a porté sur tous ceux qui étaient échus. Alors, en effet, le paiement n'a pas été partiel, puisqu'il a éteint toute la dette qui devait être payée [4].

Il faut en dire autant du cas où, le capital n'étant pas encore exigible, un débiteur solidaire a payé tous les intérêts ou arrérages échus. Ici encore il y a eu paiement total [5].

1270. Il n'est pas impossible que le débiteur solidaire qui a exécuté l'obligation alors que ses codébiteurs étaient, eux

(1) Demolombe, *loc. cit.*

(2) Duranton, XI, n. 445; Larombière, III, p. 500 (art. 1214, n. 5); Demolombe, XXVI, n. 444; Huc, VII, n. 333, p. 448. — Nancy, 21 février 1877, précité.

(3) *Sic* Demolombe, XXVI, n. 446; Larombière, III, p. 501. — *Contra* Rodière, *op. cit.*, n. 141.

(4) Demolombe, XXVI, n. 445. — Cpr. Larombière, *op. cit.*

(5) Demolombe, *loc. cit.* — Cpr. Larombière, *loc. cit.*

aussi, intéressés dans l'affaire, n'ait pas de recours contre eux. Cela suppose que le paiement n'a pas tourné à leur profit.

Il en est ainsi lorsqu'un autre débiteur, auquel il a négligé de donner avis du paiement, a acquitté la dette une seconde fois. Dans ce cas, il n'a même pas de recours contre ceux de ses coobligés qui n'ont pas payé à nouveau. Et peu importe qu'ils aient été prévenus du premier paiement. Le recours appartient exclusivement au débiteur qui a payé une seconde fois. Si ce dernier n'avait que le droit d'exercer contre le créancier la répétition de l'indu, il serait exposé à subir une perte par la faute du débiteur qui a payé en premier lieu. Cette décision est fondée sur le principe général écrit dans les art. **1382** et **1383** (1).

Il en est de même lorsqu'un débiteur solidaire a payé sans avertir ses codébiteurs et que ces derniers ou certains d'entre eux avaient, à l'époque du paiement, un moyen commun ou personnel, soit de faire déclarer l'obligation éteinte, soit de la faire annuler à leur égard. Le paiement n'ayant procuré aucun avantage à ceux qui pouvaient invoquer ce moyen, le débiteur qui a payé n'a pas de recours contre eux (2).

1271. Dans certains cas prévus par l'art. **2032**, « la caution même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée ». Cette disposition s'applique-t-elle par analogie aux codébiteurs solidaires? On l'a prétendu, et on a, en conséquence, soutenu que ces codébiteurs peuvent, avant d'avoir payé, agir les uns contre les autres, pour être indemnisés dans la mesure où, s'ils avaient payé, ils auraient un recours. Pour ce qui excède sa part contributive dans la dette, chaque débiteur solidaire, a-t-on dit, est, par rapport aux autres, réputé simple caution.

Nous résoudrons plus loin cette question pour le cas où l'affaire, à propos de laquelle l'obligation solidaire a été contractée, ne concerne que l'un des codébiteurs (3). Disons, pour

(1) Larombière, III, p. 499 (art. 1214, n. 3); Demolombe, XXVI, n. 428.
(2) Larombière, III, p. 500 (art. 1214, n. 4); Huc, VII, n. 333, p. 448.
(3) V. *infra*, n. 1272 *in fine*.

le moment, que, lorsque cette affaire les concerne tous, la solution que nous venons d'indiquer nous paraît incontestablement inexacte. Le cautionnement, en général, du moins, est un contrat de bienfaisance, un acte désintéressé ; c'est un service d'ami. L'engagement solidaire, dans l'hypothèse qui nous occupe, a le caractère opposé. Ainsi l'analogie fait défaut, et, par conséquent, on n'est pas autorisé à étendre aux codébiteurs, en pareil cas, la disposition de l'art. **2032** (1).

2. *Un seul ou quelques-uns seulement des codébiteurs sont intéressés à l'affaire.*

1272. Cette hypothèse est prévue par l'art. **1216**, ainsi conçu : « *Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée* » *solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires,* » *celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codé-* » *biteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme* » *ses cautions* ».

Cette disposition est applicable, bien entendu, non seulement lorsque l'affaire, suivant les termes de la loi, ne concerne que l'un des codébiteurs, mais dès qu'elle ne les concerne pas tous (2).

Elle est absolument étrangère à la réglementation des rapports du créancier et des codébiteurs. Au regard du créancier tous les coobligés ont le caractère de débiteurs solidaires. C'est ce que la section de législation du Tribunat a fait soigneusement remarquer, en demandant l'introduction dans le texte de l'art. **1216** des mots *par rapport à lui* : « L'addition des mots *par rapport à lui,* a-t-elle dit, préviendra toute espèce de doute sur le véritable sens de la disposition : ce n'est, en effet, que par rapport à celui pour lequel la dette

(1) *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 32, texte et note 41 ; Demolombe, XXVI, n. 427 ; Laurent, XVII, n. 365 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat et du cautionn.*, n. 1108, al. 3. — Riom, 18 août 1840, S., 40. 2. 419. — Nancy, 21 fév. 1877, S., 77. 2. 245, D. P., 78. 2. 14. — *Contra* Larombière, III, p. 511 (art. 1216, n. 3) ; Rodière, *op. cit.*, n. 131 ; Troplong, *Cautionnement*, n. 414.

(2) « Il est certain en doctrine que, malgré ces termes, l'art. invoqué (l'art. 1216) n'a rien de limitatif, et qu'il est également applicable au cas où la dette concerne plusieurs codébiteurs solidaires ». Lyon, 6 fév. 1890, D. P., 91. 2. 377. — V. aussi Larombière, III, p. 510 (art. 1216, n. 1 *in fine*).

a été contractée solidairement, que les autres codébiteurs solidaires sont ainsi considérés. *Par rapport au créancier, tous, sans aucune distinction, sont débiteurs principaux et obligés comme tels* » [1].

Les codébiteurs désintéressés ne seraient donc pas recevables à opposer au créancier soit le bénéfice de discussion, soit le bénéfice de division. Arg. art. 1200 et 1203. Ils ne pourraient pas davantage lui opposer la compensation de ce qu'il devrait lui-même au débiteur dans l'intérêt duquel l'obligation a été contractée. Arg. art. 1294, al. 3.

Ils répondent de la faute ou de la demeure de leurs coobligés dans la mesure indiquée par l'art. 1205; les poursuites dirigées contre eux interrompent la prescription à l'égard des autres débiteurs, ou *vice versa,* conformément à l'art. 1206 et 2249, al. 1er; l'acte qui fait courir les intérêts à leur égard, les fait courir aussi à l'égard de leurs coobligés. Art. 1207. Enfin ils ne sauraient se refuser à payer en se fondant sur ce que le créancier a, par son fait, rendu la subrogation impossible. Art. 2037. Nous reviendrons sur ce dernier point.

Toutefois il ne faut pas aller trop loin dans cette voie : si le créancier, sachant qu'un seul des codébiteurs est intéressé, lui faisait remise de toute la dette, il n'aurait plus le droit d'agir contre les autres; sans quoi, le débiteur à qui la remise a été accordée, serait privé du bénéfice de celle-ci, puisque ses coobligés, après avoir payé, auraient un recours contre lui. De même, si le créancier devenait héritier du débiteur que l'affaire concernait seul, il ne serait plus admis à demander le paiement à ses coobligés, car, s'il y avait paiement, il serait tenu de leur rendre ce qu'il en aurait reçu.

Ainsi, en principe, dans les rapports des codébiteurs entre eux, ceux que l'affaire ne concerne pas sont considérés *comme les cautions* des autres. Nous devons déduire de cette proposition plusieurs importantes conséquences. Si le débiteur intéressé a payé, il n'a pas de recours contre ses coobligés, et si, au contraire, ces derniers ont acquitté la dette, ils ont contre le débiteur, dans l'intérêt duquel l'obligation avait été

[1] Fenet, XIII, p. 156 ; Locré XII, p. 271, n. 36.

contractée, un recours pour le total (art. 2028) et sont, au surplus, subrogés dans les droits du créancier (art. 2029). Et même, dans certains cas, les débiteurs que l'affaire ne concerne pas, peuvent, même avant d'avoir payé, exercer, en vertu de la disposition de l'art. 2032, une action contre le débiteur que l'affaire concerne. C'est là une conséquence toute naturelle du principe posé dans l'art. 1216 (1).

Il convient également de leur appliquer la disposition de l'art. 2033, ainsi conçue : « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. — Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent » (2).

1273. Par application du principe général que suppose la disposition de l'art. 1315, c'est à celui qui allègue que l'affaire, pour laquelle la dette a été contractée, ne concernait que l'un des coobligés, à prouver cette circonstance particulière. La décision judiciaire qui mettrait cette preuve à la charge de l'autre partie en déplacerait illégalement le fardeau (3).

Quant à la façon dont elle doit être administrée, la preuve dont nous parlons reste soumise aux règles de droit commun, et, par conséquent, lorsqu'il s'agit d'un intérêt supérieur à 150 fr., les témoignages ou les présomptions ne sont admissibles que s'il existe un commencement de preuve par écrit (4).

1274. Il faut rapprocher de la disposition de l'art. 1216 celle de l'art. 1431, ainsi conçue : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée à l'égard de celui-ci s'être obligée que comme caution ; elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. » Comment devons-nous

(1) Colmet de Santerre, V, n. 151 *bis*-I ; Aubry et Rau, IV, p. 32 ; Troplong, *Cautionnement*, n. 414 ; Larombière, III, p. 511 (art. 1216, n. 2 *in fine*) ; Demolombe, XXVI, n. 450 *in fine ;* Charles Tartari, *Nature et effets du cautionnement solidaire, Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble,* t. II, 1890, p. 425.

(2) Demolombe, XXVI, n. 451.

(3) Civ. cass., 29 octobre 1890, S., 91. 1. 305, D. P., 91. 1. 475.

(4) Liège, 3 mars 1886, D. P., 88. 2. 71. — Trib. civ. Bordeaux, 31 mars 1897, *Journal des Arrêts de Bordeaux,* 97. 2. 65.

interpréter ce texte ? Etablit-il, en faveur de la femme, cette présomption que, lorsqu'elle s'oblige solidairement avec son mari, elle est simplement intervenue pour cautionner l'engagement de celui-ci ? Faut-il, au contraire, ne voir dans l'art. **1431** qu'un renvoi au principe posé dans l'art. **1216** et dire, par suite, qu'il incombe à la femme de prouver que l'obligation a été exclusivement contractée dans l'intérêt de son mari ou de la communauté ? Question délicate et fort controversée, qu'il convient d'examiner dans le commentaire du titre du *Contrat de mariage* (1).

1275. Dans la situation prévue par l'art. **1216**, la solidarité se trouve associée au cautionnement. Mais cette hypothèse n'est pas la seule où ces deux éléments soient réunis. Deux autres combinaisons se conçoivent.

D'abord, plusieurs cautions d'une même dette peuvent s'obliger solidairement entre elles, sans s'obliger solidairement avec le débiteur principal. La solidarité qui les relie les unes aux autres ne leur fait certainement pas perdre la qualité de cautions. Cette qualité, elles la conservent soit à l'égard du débiteur principal, soit à l'égard du créancier. A proprement parler, elles ne deviennent même pas des cautions solidaires. Il faut donc leur appliquer toutes les règles du cautionnement qui sont de nature à se concilier avec la solidarité établie entre elles. Ainsi elles ont le droit d'opposer tous les moyens de défense que peuvent invoquer les cautions ordinaires. V. art. **2036**. Elles sont admises notamment à se prévaloir des dispositions des art. **2037** et **2038**. Elles peuvent aussi invoquer le bénéfice de discussion, l'art. **2021** ne privant de ce droit que les cautions solidaires proprement dites.

Mais, d'autre part, on ne saurait méconnaître les effets naturels de la solidarité qui les unit. Il s'ensuit que, dans notre hypothèse, celle des cautions qui est poursuivie n'est pas admise à opposer le bénéfice de division. Il s'ensuit également que les poursuites dirigées contre l'une d'elles inter-

(1) V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, I, n. 603 s., et les autorités par eux citées dans les deux sens.

rompent la prescription à l'égard de toutes (art. 1206 et 2249) et que l'acte qui fait courir les intérêts contre l'une de ces cautions, les fait aussi courir contre les autres (art. 1207) [1].

On rencontre fréquemment en pratique une autre combinaison du cautionnement et de la solidarité. Nous voulons parler du cautionnement solidaire proprement dit [2]. Dans cette combinaison une ou plusieurs cautions s'obligent solidairement avec le débiteur principal. Ici la solidarité joue un plus grand rôle que dans la précédente hypothèse. Mais elle ne va pas, cependant, comme dans le cas prévu par l'art. 1216, jusqu'à faire disparaître le cautionnement au regard du créancier. L'art. 2021 dit, il est vrai : « La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur..., à moins qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur ; *auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires* ». De plus, nous le reconnaissons, quand les parties font la convention dont il s'agit, d'une part, le créancier entend renforcer la garantie en rendant son action solidaire, et, d'autre part, le débiteur veut augmenter son crédit en donnant au créancier satisfaction sur ce point. L'interprète, sans doute, ne doit pas rendre inutile la clause dont il s'agit. Arg. art. 1157. Mais si, dans l'hypothèse, la caution a déclaré se porter caution solidaire, elle n'en a pas moins pris la qualité de débiteur accessoire. On ne doit pas perdre de vue cette idée quand on détermine le sens de l'art. 2021. La seule portée qu'il faille reconnaître à ce texte, c'est que la caution qui s'engage solidairement avec le débiteur principal perd le droit d'invoquer le bénéfice de discussion. Cela résulte de l'art. 2021 lui-même, puisqu'il assimile, au cas où la caution s'oblige solidairement, celui où elle ne fait que renoncer à ce bénéfice [3]. Ainsi comprise, la clause de l'engagement soli-

(1) V. Tartari, *op. cit., Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, t. II (1890), p. 425-426.

(2) V. Marcel Fournier, *Le cautionnement solidaire, son rôle pratique à côté du cautionnement simple, Rev. crit. de législ. et de jurisp.*, nouv. série, t. XV, 1886, p. 695 s.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 675, note 7.

daire de la caution n'est point inutile, car elle permet au créancier de demander *de plano* le tout à la caution, comme il pourrait le demander à un débiteur solidaire. L'interprétation contraire a le défaut de présumer, de la part de celui qui garantit la dette d'autrui, l'intention de renoncer aux faveurs attachées à la qualité de débiteur accessoire et désintéressé. En résumé, le cautionnement solidaire établit la solidarité dans les rapports du créancier et de la caution ; mais il laisse à celle-ci, même au regard du créancier, le titre d'obligé accessoire (1).

Ceci posé, il produit les effets suivants : à raison du lien solidaire, la caution ne saurait opposer au créancier le bénéfice de discussion. Art. **2021**. Elle ne peut davantage invoquer le bénéfice de division. Art. **1203**. Nous entendons par là qu'elle ne saurait mettre le créancier dans la nécessité de diviser son action ni entre elle et le débiteur principal, ni, pour le cas où il y aurait d'autres cautions, entre elle et ces dernières. Nous croyons même que les dispositions des art. **1205**, **1206** et **1207** sont applicables à la caution solidaire. Ainsi, d'après nous, au cas de cautionnement solidaire, la faute ou la demeure de la caution est opposable au débiteur principal dans la mesure du prix de la chose, les poursuites qui interrompent la prescription contre la caution, l'interrompent aussi contre le débiteur principal, enfin l'acte qui fait courir les intérêts à l'égard de la caution, a le même effet à l'égard du débiteur principal (2).

(1) V. Tartari, *op. cit.*, *Ann. de l'enseign. supér. de Grenoble*, t. II, 1890, p. 428-441. — *Adde* Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement*, n. 919. — V. dans ce dernier ouvrage les autorités en sens divers. A la liste de celles qui font régir la caution solidaire par la disposition de l'art. 1216, ajoutez Planiol, II, n. 2352, et, dans l'autre sens, Huc, XII, n. 261.

(2) D'une part cette solution ne méconnaît pas le caractère accessoire de l'engagement de la caution solidaire, et, d'autre part, si elle aggrave la condition du débiteur principal et de la caution elle-même, on peut dire que l'un et l'autre ont accepté cette aggravation en établissant la solidarité. Cependant la question est controversée. V. dans notre sens Tartari, *op. cit.*, *Ann. de l'enseign. supér. de Grenoble*, t. II, 1890, p. 464-467. — Contra Marcel Fournier, *op. cit.*, *Rev. crit. de législ. et de jurisp.*, nouv. série, t. XVI, n. 33-34, p. 45-47 ; Huc, XII, n. 262, n. 299.

Mais, d'un autre côté, son engagement conservant le caractère accessoire, cette caution ne saurait s'obliger sous des conditions plus onéreuses que le débiteur principal, elle peut invoquer, du chef de celui-ci, les mêmes moyens de défense que la caution ordinaire et se prévaloir, comme cette dernière, des dispositions des art. 2037 et 2038 [1].

Il va de soi qu'au regard du débiteur principal, la caution solidaire est exactement dans la même situation que la caution ordinaire. Au surplus, on aboutirait à cette conclusion alors même qu'on appliquerait à la caution solidaire la disposition de l'art. 1216.

Les diverses combinaisons dont nous venons de parler marquent toutes, mais à des degrés différents, la tendance qu'a la pratique moderne de faire pénétrer la solidarité dans le cautionnement. C'est dans l'hypothèse où plusieurs cautions s'obligent solidairement les unes avec les autres, sans s'obliger de même avec le débiteur principal, que la solidarité tient le moins de place. Son rôle devient plus important dans le cautionnement solidaire proprement dit. Enfin, dans le cas où une obligation principale, contractée solidairement par plusieurs personnes, ne les intéresse pas toutes, en un mot dans le cas de l'art. 1216, la solidarité est poussée aussi loin qu'elle peut l'être sans que le cautionnement disparaisse tout-à-fait.

1276. Pour comprendre comment ces diverses combinaisons se sont fait jour, il est indispensable de jeter un coup d'œil sur l'histoire du cautionnement et de la solidarité. Cette histoire nous présente une évolution qui s'est accomplie par deux fois, et qui s'est terminée, en fait, par le retour au point de départ.

Au début du droit romain, le cautionnement, avec la physionomie que nous sommes habitués à lui reconnaître, était juridiquement impossible. La même chose ne pouvait pas faire l'objet de deux contrats distincts et coexistants, qu'ils fussent l'un et l'autre indépendants ou que l'un d'eux eût le

[1] Tartari, *op. cit.*, II, p. 441-470. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 1188 et les autorités citées. — *Adde* Huc, XII, n. 262, p. 299 *in fine*.

caractère de contrat accessoire. Quand une chose déjà promise faisait l'objet d'une seconde stipulation, celle-ci opérait nécessairement novation. La solidarité, toutefois, permettait de produire la pluralité de débiteurs, car les diverses promesses étaient concomitantes, et l'unité de temps était ainsi respectée. Mais c'était le seul moyen d'obtenir ce résultat. Dans la suite, on admit la possibilité de créer, au moyen du contrat verbal, un engagement accessoire. Mais le fait que le nouveau débiteur s'engageait pour garantir la dette d'autrui fut longtemps sans influence aucune dans ses rapports avec le créancier. Au point de vue du droit strict, il n'y avait pas de raison pour établir une différence entre la caution et le débiteur principal quant à la force du lien obligatoire, car, d'une part, la caution avait promis *idem* et n'avait subordonné sa promesse à aucune condition, et, d'autre part, le créancier n'avait pris aucun engagement envers elle [1]. Mais il vint un moment où l'équité se fit une place à côté du droit strict, et, sous son influence, on se préoccupa de ce fait que certains des copromettants rendaient un service et n'avaient aucun intérêt dans l'affaire. Les jurisconsultes s'appliquèrent alors à différencier, quant à leurs effets, le cautionnement et la solidarité, dans les rapports de la caution et du créancier. C'est de ce mouvement que sortirent d'abord le bénéfice de division, puis le bénéfice de discussion.

La même évolution s'opéra dans notre ancien droit coutumier. On trouve aussi, à l'origine du droit germanique, la confusion du cautionnement et de la solidarité. C'était vraisemblablement une conséquence de la communauté familiale [2]. Puis, lorsque celle-ci disparut, le cautionnement se dégagea comme contrat spécial et fut pratiqué parallèlement avec la solidarité. Toutefois, au début, la caution était tenue aussi rigoureusement que le débiteur principal, et même, en

[1] V. Girard, *op. cit.*, 2e éd., p. 677, texte et note 1, p. 733. — Cpr. Hauriou, *Origine de la corréalité*, dans la *Nouv. rev. hist. de dr. franç. et étr.*, 6e année (1882), p. 223-229; Gérardin, *Etude sur la solidarité*, dans la même Revue, 8e année (1884), p. 239-245.

[2] V. Marcel Fournier, *op. cit.*, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, nouv. série, XV, p. 700, n. 8.

fait, le créancier s'attaquait toujours à elle en premier lieu. Cela se comprend facilement : si le créancier exigeait une caution, c'était parce que la solvabilité du débiteur lui paraissait douteuse, et, s'il acceptait une personne comme caution, c'était, au contraire, parce qu'il considérait la solvabilité de celle-ci comme certaine ([1]). Mais, à partir du XIIe siècle, la situation de la caution s'améliore : on lui accorde d'abord une exception de garantie, qui lui permet de mettre en cause le débiteur principal. Dans la suite, sous l'influence du droit romain, on lui reconnaît le droit d'opposer les bénéfices de discussion et de division ([2]). Mais, par cela même, la pratique se met à exiger que la caution se dépouille de ce droit, soit en y renonçant formellement, soit en s'engageant comme caution solidaire et même quelquefois comme codébiteur solidaire ([3]). Aujourd'hui cet usage est presque toujours suivi. En voici les raisons : d'abord, c'est le créancier qui fait la loi du contrat; il impose donc les clauses qui assurent le mieux le paiement. D'ailleurs le crédit réel acquiert chaque jour plus d'importance, et, à mesure que son rôle grandit, le crédit personnel est de moins en moins apprécié. Il n'est donc pas étonnant que, lorsque le créancier veut bien se contenter de celui-ci, il exige du moins qu'il présente toutes les garanties possibles. Enfin la tendance moderne s'explique également par l'influence de la vie commerciale sur la vie civile : dans la première, d'une part, la renonciation de la caution aux bénéfices de discussion et de division est passée dans les usages ([4]), et, d'autre part, ainsi que nous l'avons

([1]) Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 85-87.

([2]) *Coutume glosée d'Anjou et du Maine*, édit. Beautemps-Beaupré, I, n. 318. — Bouteiller l'admet pour la simple *plévine*, *Somme rurale*, I, tit. CI.

([3]) Il y avait cependant controverse sur le point de savoir si le fait par la caution de s'obliger solidairement emportait de sa part renonciation aux bénéfices de discussion et de division. Pothier se prononçait pour l'affirmative. *Oblig.*, n. 409 et 417 (édit. Dupin, I, p. 240 et 246).

([4]) Mais il ne faut pas aller jusqu'à dire qu'en principe le bénéfice de discussion n'est pas admis en matière commerciale. V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mand., du cautionn.*, n. 1049. — Plusieurs codes étrangers déclarent formellement qu'en matière commerciale, l'engagement de la caution est solidaire : « Celui qui s'est porté garant d'une obligation commerciale, bien qu'il

exposé, les commerçants qui s'obligent conjointement, sont réputés, du moins d'après l'opinion générale, s'être obligés solidairement (1). Ainsi, en matière commerciale, la solidarité est très utilisée comme instrument de crédit. Ce fait ne pouvait manquer de suggérer à la pratique civile l'idée d'employer largement cette modalité (2).

1277. Il résulte de l'art. 1216 que si, dans leurs rapports avec le créancier, les débiteurs solidaires non intéressés sont traités comme leurs coobligés, ils ne sont, au regard de ceux-ci, que des cautions. Ainsi leur situation est différente suivant qu'on se place à l'un ou à l'autre des deux points de vue. De là est née une difficulté en matière d'enregistrement : au cas de dette solidaire, l'obligation n'est soumise qu'à un seul droit (3) ; au cas de cautionnement, on peut exiger, outre le droit dû pour l'obligation principale, un droit spécial de 50 centimes par cent francs (4). Quel est celui de ces tarifs qui est applicable dans l'hypothèse prévue par l'art. 1216? La jurisprudence conclut des termes de cet article que, lorsque l'affaire ne concerne pas tous les débiteurs, l'obligation solidaire dissimule un cautionnement, et, en conséquence, elle décide que l'acte dont il s'agit doit donner lieu à la perception du droit spécial de 50 centimes par cent francs en sus de l'impôt qui frappe l'obligation principale (5). Cette solution

ne soit pas commerçant, est tenu solidairement avec la personne qu'il garantit. » C. com. port., art. 101. Traduc. Lehr, p. 37. — V. aussi C. com. hong , art. 270, al. 2 et 3. — Le C. civ. allem. dispose que : « Lorsque plusieurs cautionnent la même obligation, ils sont tenus solidairement même s'ils ne s'engagent pas en commun. » Art. 769. Traduc. de Meulenaere, p. 201.

(1) V. *supra*, n. 1175.

(2) V. Gérardin, *op. cit.*, *Nouv. rev. hist. de dr. franç. et étr.*, VIII, 1884. p. 243; Marcel Fournier, *op. cit.*, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, nouv. série, XV, 1886, p. 707-710, n. 17-20; Thisse, *Etude comparée sur l'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité* (thèse pour le doctorat, Montpellier, 1895), p. 178-186.

(3) Arg. L. 22 frimaire, an VII, art. 68, § I, n. 30. — *Sic* Gabriel Demante, *Princ. de l'enreg.*, II, n. 458; E. Naquet, *Tr. théor. et prat. de l'enreg.*, II, n. 532. — Sol. 27 oct. 1832, *Journ. Not.*, 7980. — Trib. Moissac, 10 août 1835, Garnier, *Rép. gén. enreg.*, n. 3412. — V. aussi Civ. cass., 7 nov. 1859, D. P., 59. 1. 493.

(4) Même loi, art. 69, § II, n. 8.

(5) Civ. cass., 27 janv. 1840, D. *Rép. alph.*, v° *Enreg.*, n. 1386 (XXI, p. 297, note col. 2, *in fine*). — Civ. rej., 20 août 1850, S., 50. 1. 688, D. P., 50. 1. 279. — Civ.

nous paraît inexacte : il est de l'essence du cautionnement qu'une personne soit tenue accessoirement et qu'elle se présente comme telle au regard du créancier. Il s'ensuit que, dans notre hypothèse, il faut avoir exclusivement égard aux rapports des codébiteurs avec le créancier pour déterminer la taxe à percevoir [1].

D'ailleurs, lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée solidairement par deux époux, la jurisprudence n'admet pas la perception du droit spécial de cautionnement, bien qu'aux termes de l'art. 1431, la femme soit réputée alors caution de son mari [2]. Mais on ne voit pas pourquoi il y aurait lieu à exception dans cette hypothèse particulière. La femme qui s'est engagée solidairement avec son mari est, par rapport à lui, dans la même situation que les codébiteurs non intéressés au regard de ceux de leurs coobligés que l'affaire concerne [3]. La distinction n'est donc pas fondée, et, d'après nous, on ne peut, dans tous les cas, exiger que le droit unique [4].

L'engagement de la caution solidaire est, au contraire, soumis au droit spécial. La solidarité dont il est affecté ne lui

cass., 10 nov. 1858, S., 59. 1. 844, D. P., 58, 1. 462. — Trib. Seine, 22 janv. 1876, D. P., 76, 5. 195, *Rép. pér. enreg.*, n. 4333. — Trib. Evreux, 10 mai 1878, *Rép. pér. enreg.*, n. 5110. — Lyon, 21 fév. 1877, même *Rép.*, 4642. — Trib. Bourg, 28 mars 1878, même *Rép.*, 5109. — V. cep. en sens contraire, Cass. Belge, 30 juin 1881, même *Rép.*, 5871. — Trib. Nancy, 26 déc. 1883, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Enreg.*, n. 773. « L'art. 1216, dit ce jugement, ne contient qu'une fiction légale qui n'a d'effet qu'entre les coobligés solidaires, sans qu'il y ait aucun contrat entre les codébiteurs et les créanciers dont l'acquisition est cependant un élément indispensable pour constituer un cautionnement ».

[1] Gabriel Demante, *op. cit.*, II, n. 459 ; Garnier, *op. cit.*, n. 3413 ; E. Naquet, *op. cit.*, II, n. 534.

[2] Avis du Conseil d'Etat du 27 juin 1832, Garnier, *op. cit.*, n. 3420 ; *Instruct. gén. Admin. enreg.*, 1403.

[3] Sous réserve de la controverse indiquée *supra*, n. 1274.

[4] L'Administration de l'enregistrement a même prétendu percevoir le droit de cautionnement quand les débiteurs solidaires sont inégalement intéressés dans la dette. Les tribunaux de première instance et les cours d'appel ont d'abord accueilli cette prétention. Mais la cour de cassation l'a repoussée par un arrêt du 3 janvier 1865 et a déterminé ainsi un revirement de jurisprudence. La décision de la cour suprême est certainement fondée. L'hypothèse dont il s'agit ne rentre pas dans les termes de l'art. 1216. Or l'argument tiré de ce texte est le seul qu'on puisse faire valoir à l'appui de la perception du droit spécial. — G. Demante, *op. cit.*, II, n. 461 ; E. Naquet, *op. cit.*, II, n. 535. — Civ. cass., 3 janv. 1865, S., 65. 1. 139. — V. le tableau de la jurisprudence dans Garnier, *op. cit.*, n. 3416.

ôte pas le caractère d'engagement accessoire ([1]). Le cautionnement solidaire ne cesse donc pas d'être un cautionnement; il doit, par suite, être taxé comme tel ([2]).

IV. *De la remise de la solidarité.*

1278. La remise de la solidarité est soumise au droit commun des renonciations. C'est dire qu'elle peut être expresse ou tacite, et que ses effets sont les mêmes dans les deux cas ([3]). C'est dire aussi qu'elle ne saurait se présumer et que, par conséquent, il faut l'interpréter strictement.

Le créancier peut, d'ailleurs, soit diviser la dette entre tous les codébiteurs solidaires, soit simplement décharger de la solidarité un ou quelques-uns d'entre eux. En un mot, la renonciation à la solidarité peut être absolue ou relative.

Le Code ne prévoit pas le cas de la renonciation absolue. On peut en donner deux raisons : d'une part, il ne saurait exister aucun doute sur la portée de cette renonciation; elle a pour effet de supprimer la solidarité et de rendre l'obligation simplement conjointe. D'autre part, elle ne se présente que très rarement en pratique.

Nous n'insisterons que sur la renonciation ou remise relative.

A. *De la remise expresse.*

1279. Nous n'avons rien de particulier à dire sur la façon dont cette remise s'opère. La loi, bien entendu, ne prescrit pas, en ce qui la concerne, l'emploi d'une formule sacramentelle.

Quant aux effets de la remise expresse, ils sont déterminés par l'art. **1210**, ainsi conçu : « *Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité.* » Ainsi, la remise que le créancier fait de la solidarité à

([1]) V. *supra*, n. 1275.

([2]) *Sic* G. Demante, *op. cit.*, II, n. 463; E. Naquet, *op. cit.*, II, n. 536; Garnier, *op. cit.*, n. 2439. — *Contra* Championnière et Rigaud, *Droits d'enreg.*, II, n. 1364.

([3]) Demolombe, XXVI, n. 492; Laurent, XVII, n. 352.

l'un des codébiteurs n'a d'effet, par rapport aux autres, que pour la part de celui à qui elle a été consentie.

En un mot, elle est, sauf dans la mesure de cette part, *in personam*. Quant au débiteur déchargé, il reste débiteur, mais il n'est plus que débiteur simplement conjoint. Il n'est pas, toutefois, dans la même situation que s'il avait eu cette dernière qualité dès la naissance de l'obligation. Ainsi qu'on l'a vu dans l'art. 1215, si l'un des codébiteurs devient insolvable, le débiteur déchargé supporte, nonobstant la remise, sa part contributive dans la perte qui résulte de l'insolvabilité (1).

1280. Les auteurs relèvent, avec raison, un défaut d'harmonie entre l'art. 1210 et l'art. 1285. Ce dernier texte dispose que, dans le cas où le créancier décharge de la dette l'un des codébiteurs solidaires, les autres sont libérés. D'après l'art. 1210, au contraire, lorsque le créancier consent à diviser la dette à l'égard de l'un des coobligés, cette renonciation laisse subsister la solidarité à l'égard des autres. Il n'est certes pas rationnel que la remise ait un effet général, quand elle porte sur la créance elle-même, et un effet relatif, quand elle porte seulement sur la solidarité (2).

C'est la disposition de l'art. 1210 qui nous paraît conforme aux principes. Les renonciations doivent s'interpréter restrictivement. Or, dans l'hypothèse, il s'agit bien d'une renonciation. De plus, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties. Il n'y a donc pas de raison pour que la remise profite aux autres codébiteurs (3).

1281. Toutefois, d'après l'art. 1210, le créancier ne conserve son action solidaire contre ces derniers que sous la déduction de la part du débiteur déchargé de la solidarité. A notre avis, cette restriction ne saurait se justifier. Ce débiteur

(1) V. *supra*, n. 1265.

(2) Ce défaut d'harmonie s'explique peut-être par la différence d'origine qui existe entre les deux dispositions : celle de l'art. 1285 a été empruntée à la théorie de l'acceptilation et celle de l'art. 1210 à la théorie du pacte *de non petendo*. Or, l'acceptilation éteignait l'obligation à l'égard de tous les *correi debendi*, tandis que le pacte *de non petendo* n'avait qu'un effet relatif. Demolombe, XXVI, n. 460 *in fine*.

(3) Demolombe, XXVI, n. 460-461 ; Laurent, XXVII, n. 346, al. 2, p. 348.

demeure tenu de sa part non seulement dans la dette elle-même, mais encore dans la perte qui peut résulter de l'insolvabilité de l'un de ses coobligés. Art. 1215. Si donc un autre débiteur solidaire payait le total, il aurait un recours contre le codébiteur déchargé, et le montant de ce recours serait le même que s'il n'y avait pas eu de remise. On ne voit donc pas pourquoi le législateur n'a pas laissé à la solidarité sa portée naturelle (1).

Plusieurs auteurs estiment que cette critique porte à faux. A leur avis, l'art. 1210 vise exclusivement le cas où le codébiteur déchargé a été libéré de sa part dans la dette, que ce soit d'ailleurs par un paiement, par une remise ou autrement. Quand cette circonstance ne se rencontre pas, le créancier conserve son action solidaire pour le tout contre les autres codébiteurs, sans préjudice du droit pour lui de poursuivre divisément le codébiteur déchargé. Sans quoi, la remise de solidarité, qui est toute personnelle à l'un des coobligés, profiterait aux autres, ce qui est inadmissible. Ramenée à ces limites, l'application de l'art. 1210 échappe à toute critique. Lorsque la dette a été diminuée de la part du débiteur déchargé, le créancier n'a plus le droit de demander le total aux autres codébiteurs, car, s'il leur réclamait cette part, il leur demanderait ce qui a cessé de lui être dû, et, d'ailleurs, ces derniers, s'ils la payaient, seraient fondés à la répéter contre le codébiteur auquel cependant remise en a été faite (2).

Cette distinction est condamnée par les termes de l'art. 1210 : « Le créancier *qui consent à la division de la dette* à l'égard de l'un des codébiteurs... », dit l'art. 1210. Rien dans ce texte n'autorise à supposer que le débiteur déchargé a été libéré de sa part dans l'obligation. Donc l'art. 1210 s'applique dès que le créancier a fait remise de la solidarité à l'un des coobligés. La fin du même article est encore plus significative : « sous la déduction de la part du débiteur *qu'il a déchargé de la solidarité* ». Est-il vraisemblable que le législateur se bornerait à viser la remise de solidarité, s'il exigeait l'extinction de

(1) Laurent, XVII, n. 346, p. 348 *in fine*.

(2) Dans ce sens, Delvincourt, II, p. 510; Duranton, XI, n. 231; Larombière, III, p. 481 (art. 1210, n. 7); Aubry et Rau, IV, p. 33, texte et note 42.

la dette pour la part du codébiteur déchargé? Au surplus, que le créancier ne puisse plus demander le total quand un des codébiteurs a été libéré de sa part dans la dette, c'est de l'évidence! Il serait bien étrange que les rédacteurs du Code aient cru nécessaire ou même simplement utile d'écrire un texte pour exprimer une pareille idée [1].

1282. Ainsi le créancier ne peut demander le paiement aux codébiteurs non déchargés que déduction faite de la part de celui auquel la remise a été consentie. Il n'est point exact, sans doute, nous venons de le démontrer, que cette disposition soit une conséquence du principe que le créancier n'a pas le droit de changer les rapports des codébiteurs entre eux ni d'améliorer la situation des uns en empirant celle des autres. Cependant le législateur a cru qu'il en était ainsi. Cette remarque est importante, car elle montre que, dans l'esprit des rédacteurs du Code, la déduction prescrite par l'art. **1210** devait être nécessairement opérée. Il s'ensuit que le créancier ne pourrait pas, en faisant remise de la solidarité à l'un des codébiteurs, se réserver le droit de poursuivre les autres pour le total, sans avoir à déduire la part du codébiteur déchargé [2].

B. *De la remise tacite.*

1283. Quant à la remise tacite, le Code prévoit quatre cas, deux dans l'art. **1211**, et deux dans l'art. **1212**; mais, en réalité, ainsi que nous allons le montrer, ces quatre cas peuvent être ramenés à deux.

1er cas. — Aux termes de l'art. **1211**, al. **1** et **2** : « *Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur. — Le créancier n'est pas censé remettre la solida-*

(1) Dans ce dernier sens, Marcadé, IV, n. 619; Rodière, *op. cit.*, n. 145; Colmet de Santerre, V, n. 144 *bis*-II et 144 *bis*-III; Laurent, XVII, n. 347; Arntz, III, n. 129, p. 73 *in fine;* Huc, VII, n. 326, p. 438. — Cpr. Demolombe, XXVI, n. 464.

(2) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 144 *bis*-IV; Demolombe, XXVI, n. 465; Huc, VII, n. 32 . 438 *in fine*. — *Contra* Marcadé, IV, n. 620 *in fine;* Rodière, *op. cit.*, n. 146.

rité au débiteur lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est pour sa part ».

Pour ce premier cas de remise tacite, trois conditions sont requises. Il faut, en premier lieu, que le créancier ait remis divisément la part de l'un des coobligés, c'est-à-dire ni plus ni moins que la portion de dette qui devait être supportée définitivement par ce codébiteur (1). Mais cela ne suffit pas. Cette circonstance, en effet, ne suppose pas nécessairement chez le créancier l'intention de renoncer à la solidarité au profit du codébiteur dont il a reçu la part. Elle est susceptible de s'expliquer autrement : le créancier peut avoir consenti simplement à recevoir un acompte (2). Il faut donc, en outre, que la quittance, délivrée à celui des coobligés qui acquitte partiellement la dette, porte que le paiement est fait *pour sa part* (3). Ces expressions, d'ailleurs, ne sont point sacramentelles.

Mais, alors même que ces deux conditions sont réunies, il n'y a pas remise si le créancier a pris le soin de réserver dans la quittance la solidarité (4) ou ses droits en général (5). Pour cette réserve, non plus, la loi n'impose pas de formule.

(1) D'après M. Larombière, cette condition que le créancier doit recevoir la part entière « n'est nullement exigée et ne peut raisonnablement l'être... Le créancier est censé renoncer à la solidarité, non pas parce qu'il a reçu toute la portion de l'un des débiteurs, mais parce que, en recevant de lui une partie quelconque de la dette, il en a consenti la division » III, p. 486 (art. 1211, n. 5). Mais, sur ce point, M. Larombière n'a obtenu aucune adhésion. — V. notamment Colmet de Santerre, V, n. 145 *bis*-I ; Demolombe, XXVI, n. 470 ; Laurent, XVII, n. 348 *in fine*. — V. aussi Colmar, 31 juil. 1813, et Amiens, 22 janv. 1840, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1449.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 277, al. 8 (édit. Dupin, I, p. 138).

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 277, al. 3 et 4 (même édit., I, p. 137).

(4) Pothier, *op. cit.*, n. 277, al. 5 et 6. — Cependant nos anciens jurisconsultes étaient en désaccord sur ce point. V. Pothier, *loc. cit.* : Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 253; Locré, XII, p. 352, n. 95, al. 4.

(5) « Lorsque la quittance porte *sans préjudice de mes droits*, c'est la même chose que si elle portait *sans préjudice de la solidité* : car le droit de la solidité est compris dans la généralité des termes *sans préjudice de mes droits;* et c'est même le droit dont la réserve a le plus de rapport à la quittance que je donne, et qui sert de correctif aux termes *pour sa part*, employés dans ma quittance. » Pothier, même numéro, al. 7. — V. aussi Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 252 *in fine;* Locré, XII, p. 352, n. 95, al. 2 *in fine*.

1284. *2e cas.* — Le second cas est prévu en ces termes par l'al. 3 de l'art. **1211** : « *Il en est de même de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs pour sa part, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation.* » Donc, si la demande dont il s'agit a été suivie d'un pareil jugement ou d'un acquiescement, il y a renonciation à la solidarité.

Ce cas ressemble beaucoup au précédent. On peut même dire qu'il se confond avec lui. Il faut donc que le créancier assigne l'un des codébiteurs en paiement de sa part divisément. Il faut aussi que la demande porte qu'elle est formée pour cette part. Il faut enfin qu'elle ne contienne pas une réserve de la solidarité ni, plus généralement, des droits du créancier.

Mais, pour qu'il y ait remise définitive, la loi exige, en outre, que le codébiteur assigné ait acquiescé à la demande ou qu'un jugement de condamnation soit intervenu contre lui. Tant que l'une de ces deux circonstances ne s'est pas produite, l'offre de remise n'a pas été acceptée ; elle peut donc être retirée [1]. Tel est le motif de cette disposition.

Toutefois, s'il y a eu acquiescement, il n'est point nécessaire que la quittance ou les offres expriment qu'il s'agit de la part du débiteur actionné. Elles se réfèrent, en effet, à la demande, et, par conséquent, les termes de celle-ci précisent leur portée [2].

1285. *3e cas.* — On lit dans l'art. **1212** : « *Le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir, ni pour le capital...* » Nous retrouvons dans ce texte deux des conditions requises pour le premier cas, c'est-à-dire le paiement divisé de la part d'un codébiteur et l'absence de réserve de la solidarité. Il faut, sans

[1] Pothier, *op. cit.*, n. 277, al. 11, 12 et 13; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 253 ; Locré, XII, p. 353, n. 95. — « La sentence de condamnation, comme dit Pothier, supplée, à cet égard, à la volonté du débiteur pour l'acceptation de la remise du surplus. » *Op. cit.*, n. 277, dernier alinéa.

[2] Larombière, III, p. 487 (art. 1211, n. 7 *in fine*); Demolombe, XXVI, n. 478.

aucun doute, ajouter la troisième condition et dire, en conséquence, que la quittance doit porter qu'elle est délivrée pour la part du codébiteur qui paie [1]. A vrai dire, en effet, ce cas n'est pas distinct du premier. Si le législateur l'a envisagé séparément, c'est probablement parce qu'il a tenu à déclarer que, dans les circonstances prévues par l'art. 1212, la remise de solidarité doit être considérée comme étrangère, soit aux intérêts à échoir, soit au capital. Cette disposition n'est, d'ailleurs, qu'une application du principe que les renonciations ne se présument pas et doivent s'interpréter strictement [2].

Au surplus, ce même principe conduit à décider que la remise est seulement relative à ceux des arrérages ou intérêts échus qui sont payés divisément. C'est ainsi qu'en supposant plusieurs annuités échues, le fait que le créancier reçoit divisément le paiement de l'une d'elles n'entraîne pas renonciation à la solidarité quant aux autres [3].

1286. *4e cas.* Ainsi, aux termes de l'art. 1212 : « Le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus et non pour ceux à échoir, ni pour le capital... »; mais, à la fin du même article, le législateur ajoute : « *à moins que le paiement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs* ». De l'ensemble de l'art. 1212, il résulte que la renonciation à la solidarité s'applique, non seulement aux arrérages ou intérêts échus, mais encore aux arrérages ou intérêts à échoir et même au capital, lorsque, aux trois conditions requises pour le précédent cas, s'ajoute la continuité, pendant dix ans consécutifs, de la division des paiements.

Cette dernière condition fait défaut dès que, dans l'intervalle fixé par la loi, un paiement n'a pas eu lieu divisément, c'est-à-dire dès que, lors d'un paiement fait dans cet inter-

[1] Laurent, XVII, n. 350. — V. au surplus Pothier, *op. cit.*, n. 279 (édit. Dupin, I, p. 141).

[2] Pothier, *loc. cit.*

[3] Delvincourt, II, p. 511; Duranton, XI, n. 236, al. 3; Mourlon, II, n. 1276; Colmet de Santerre, V, n. 146 *bis;* Aubry et Rau, IV, p. 34, note 44; Larombière, III, p. 490 (art. 1212, n. 3); Demolombe, XXVI, n. 482.

valle, le débiteur a acquitté au delà de sa part dans les arrérages ou intérêts, ou que le créancier n'a pas inséré dans la quittance, soit les mots *pour sa part*, soit tous autres équivalents, ou enfin qu'il a réservé la solidarité ou ses droits en général.

Quand les quatre conditions sont réunies, il est très vraisemblable que le créancier a étendu la remise aux arrérages ou intérêts à échoir et au capital lui-même, et, en conséquence, le législateur présume qu'il en est ainsi [1].

1287. On se demande si la disposition finale de l'art. **1212** s'applique lorsque, dans les dix ans consécutifs, il n'y a pas eu dix paiements, soit que les intérêts ou arrérages ne fussent pas payables chaque année, soit que, en fait, deux ou plusieurs annuités aient été réglées à la fois. Il est évident que la continuité du paiement implique la pluralité de paiements. Mais, à notre avis, il ne s'ensuit point qu'il doive y avoir eu dix paiements faits d'année en année et qu'il faille, par suite, prouver la division du paiement *par dix quittances* se rapportant à dix années consécutives et relatives chacune à une de ces années. Le texte de l'art. **1212** n'exige point dix paiements divisés, mais simplement la continuité des paiements pendant dix ans consécutifs, ce qui est bien différent. Sans doute, il est nécessaire qu'il y ait eu plusieurs paiements, et même deux ne suffiraient pas, car si les paiements n'étaient pas plus nombreux, il n'y aurait, en réalité, comme le fait observer M. Demolombe, qu'un paiement répété. Les termes de l'art. **1212** en supposent donc au moins trois. Mais, une fois ce nombre atteint, il suffit que les quittances produites se rapportent à une période de dix ans consécutifs [2].

1288. Il est certain qu'en dehors des cas prévus par les art. **1211** et **1212**, et, par conséquent, lorsque toutes les con-

[1] Dans notre ancien droit, il fallait que les paiements divisés eussent été continués pendant tout le temps requis pour la prescription, soit pendant trente ans, et même, quand il en avait été ainsi, la remise de solidarité ne s'appliquait pas au capital, mais seulement aux arrérages à échoir. Pothier, *op. cit.*, n. 279, al. 2 (même édit., I, p. 142).

[2] *Sic* Rodière, *op. cit.*, n. 152; Demolombe, XXVI, n. 491. — *Contra* Toullier, VI, n. 745; Duranton, XI, n. 236; Mourlon, II, n. 1276; Larombière, III, p. 493-495 (art. 1212, n. 6 8); Laurent, XVII, n. 351.

ditions exigées par ces articles ne sont pas réunies, on ne saurait admettre la présomption légale de renonciation à la solidarité. Toute présomption légale, en effet, suppose, par définition, un texte de loi qui l'établit. Arg. art. 1350 (1).

Mais il ne s'ensuit point que les juges ne puissent pas, en se fondant sur les termes de la convention ou sur les circonstances de l'espèce, et bien que les conditions exigées par les art. 1211 et 1212 ne se rencontrent pas, décider qu'il y a eu remise tacite de la solidarité. En un mot, il s'agit ici d'une question de fait (2).

1289. C'est une question très controversée que celle de savoir si l'art. 2037 est applicable aux codébiteurs solidaires. Cet article, écrit en faveur de la caution, est ainsi conçu : « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution ». Le créancier qui a renoncé aux sûretés accessoires fournies par l'un des codébiteurs solidaires, ou qui les a laissé périr, est-il, par application de ce texte, déchu, au regard des autres codébiteurs, du droit de demander le total, et ne peut-il, par suite, exiger le paiement que déduction faite de la part de celui qui avait fourni les sûretés? La jurisprudence et une partie de la doctrine repoussent cette extension de l'art. 2037, et, d'après nous, c'est avec raison. L'art. 2037, prononçant une déchéance, n'est applicable que dans l'hypothèse prévue par lui. On objecte que la disposition de cet article n'est que le corollaire de celle de l'art. 1251-3° : si, en effet, dit-on, la caution est déchargée lorsque les sûretés attachées à la créance ont péri par la faute du créancier, c'est parce que l'admission à son profit de la subrogation légale suppose essentiellement que le créancier est tenu de conserver ces sûretés. Or, la subrogation légale existant aussi au profit des codébiteurs solidaires, la même obligation pèse sur le créancier au regard de chacun de ces derniers. Si donc, en ce qui les concerne, il manque à cette obligation, il encourt la même

(1) Demolombe, XXVI, n. 493 ; Laurent, XVII, n. 353.
(2) Demolombe et Laurent, *loc. cit.;* Huc, VII, n. 327, p. 439.

déchéance que s'il y manquait au regard d'une caution. Ce raisonnement repose sur une proposition inexacte. La règle posée par l'art. 2037 ne découle pas de la subrogation légale : celle-ci a été uniquement instituée pour dispenser les personnes à qui elle a été accordée de requérir la cession d'actions [1]. Or, si la nécessité, qui pèse sur le créancier, de céder ses actions, l'oblige à conserver la créance elle-même, elle ne l'oblige point à conserver les sûretés accessoires. Il n'est tenu de céder celles-ci que dans l'état où elles se trouvent lorsqu'il reçoit le paiement et s'il les possède encore à ce moment [2]. Au surplus, dans l'art. 2029, par conséquent dans un article qui vient peu avant l'art. 2037, le législateur dispose formellement que la caution jouit du bénéfice de la subrogation légale. Et cependant cela ne l'empêche pas de décréter, dans l'art. 2037, la déchéance dont nous parlons. Il est donc évident que celle-ci n'est pas une conséquence de la subrogation légale. D'autre part, aux termes de l'art. 1285, c'est seulement lorsque le créancier fait remise de l'obligation elle-même à l'un des codébiteurs solidaires qu'il est déchu à l'égard des autres. Le législateur n'aurait pas écrit ce texte, s'il avait admis le codébiteur solidaire à se prévaloir de la disposition autrement rigoureuse de l'art. 2037. Et qu'on ne dise pas qu'au point de vue de cette disposition, la raison de décider est la même pour la caution et pour les codébiteurs solidaires : la caution contracte dans l'intérêt d'autrui et non

[1] Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs,* Fenet, XIII, p. 269; Locré, XII, p. 370, n. 129.

[2] Le droit romain avait admis une exception à ce principe en faveur du *mandator pecuniæ credendæ* et du *fidejussor indemnitatis,* qui pouvaient, en conséquence, repousser l'action du créancier quand ce dernier avait perdu, par son fait ou par sa négligence, les sûretés accessoires. Mais cette exception se justifiait par la nature particulière des engagements du *mandator pecuniæ credendæ* et du *fidejussor indemnitatis.* Notre ancienne jurisprudence, il est vrai, l'avait admise à son tour et l'avait beaucoup étendue, car elle permettait non seulement à toute caution, mais aussi au codébiteur solidaire et même au tiers détenteur, d'opposer la déchéance quand le créancier s'était mis dans l'impossibilité, du moins par un fait positif, de céder les sûretés d'abord attachées à la créance. Dumoulin, *Tractatus de usuris,* quest. 89, n. 688 s.; Loiseau, *Du déguerpissement,* liv. II, chap. VIII, n. 15 s.; Pothier, *De l'hypothèque,* ch. II, art. 2, § 6 et *Coutumes d'Orléans,* tit. XX, n. 42 s. Mais, comme nous le montrons ci-dessus, il résulte de la disposition de l'art. 1285 que, sur ce point, le Code civil n'a pas suivi la tradition.

dans son intérêt propre. Les codébiteurs solidaires, au contraire, s'engagent, en général du moins, pour eux-mêmes, et, dans tous les cas, ils sont réputés, au regard du créancier, s'engager dans ces conditions. Il n'est donc pas étonnant que la situation de la caution ait paru au législateur plus favorable que celle des codébiteurs solidaires. Au surplus, précisément parce que la caution s'est obligée exclusivement dans l'intérêt d'un autre, il est vraisemblable qu'elle ne se serait pas engagée si elle n'avait pas compté que les sûretés fournies par le débiteur garantiraient l'efficacité de son recours. Une pareille supposition serait inadmissible en ce qui regarde les codébiteurs solidaires, car ils se sont engagés pour eux-mêmes, ou, tout au moins, leurs rapports avec le créancier doivent être réglés comme s'il en avait été ainsi [1].

1290. Nous devons, cependant, tempérer la rigueur de cette solution. Lorsque c'est par malveillance et en vue d'une spéculation déloyale que le créancier a fait remise des sûretés fournies par l'un des codébiteurs solidaires, il ne peut demander le paiement que déduction faite de la part de ce codébiteur. Supposons qu'il ait consenti cette remise à prix d'argent et connaissant l'insolvabilité de celui qui en bénéfi-

[1] *Sic* Troplong, *Cautionnement*, n. 563 ; Gauthier, *De la subrogation*, n. 506 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 359, § 528 ; Massé, *Dr. com.*, IV, n. 298 et VI, n. 398 ; Aubry et Rau, IV, p. 35, texte et note 47, et p. 698, texte et note 21 ; Larombière, III, p. 448 (art. 1208, n. 4) ; Pont, *Pet. contr.*, II, n. 369 ; Demolombe, XXVI, n. 495-500 ; Laurent, XVII, n. 342 ; Guillouard, *Cautionn.*, n. 245 ; Vigié, II, n. 1476 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat, du cautionn.*, n. 1189 ; Huc, XII, n. 252, al. 2. — Toulouse, 12 mars 1842, S., 43. 2. 185. — Req., 5 déc. 1843, S., 44. 1. 71, D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1450. — Riom, 2 juin 1846, S., 46. 2. 370, D. P., 46. 2. 149. — Dijon, 30 avril 1847, S., 47. 2. 602, D. P., 51. 2. 107. — Bordeaux, 14 fév. 1849, S., 49. 2. 500, D. P., 49. 2. 81. — Paris, 8 mars 1851, S., 51. 2. 427, D. P., 51. 2. 107. — Bourges, 10 juin 1851, S., 51. 2. 681, D. P., 52. 2. 28. — Req., 13 janv. 1852, S., 52. 1. 104, D. P., 52. 1. 9. — Nîmes, 14 nov. 1855, S., 56. 2. 335. — Req., 18 fév. 1861, S., 61. 1. 986, D. P., 61. 1. 388 (cette décision est particulièrement bien motivée). — Civ. rej., 3 avril 1861, S., 61. 1. 586, D. P., 61. 1. 153. — *Contra* Merlin, *Quest.*, v° *Solidarité*, § 5 ; Delvincourt, III, p. 618 ; Toullier, VII, n. 172 ; Duranton, XVIII, n. 382 à la note ; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, III, § 528 et § 763 ; Rodière, *op. cit.*, n. 154 ; Mourlon, *Subrogation*, p. 514 ; Aubry, III, n. 130, p. 74. — Sect. Civ. cass., 13 fév. 1816, S. chr., V, 1. 153. — Nîmes, 3 déc. 1819, S. chr., VI, 2. 161. — On décide très généralement, comme nous l'avons fait nous-même (*supra*, n. 1275), que la caution solidaire peut invoquer la disposition de l'art. 2037.

ciait : le codébiteur poursuivi est fondé à lui opposer, non pas, sans doute, la disposition de l'art. 2037, puisqu'elle ne concerne pas les codébiteurs solidaires, mais celle de l'art. 1134, al. 3, aux termes de laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi [1].

1291. Il en est de même dans le cas où le créancier s'est engagé envers les coobligés solidaires à ne pas détruire, par son fait, les sûretés attachées à la créance. Une pareille convention peut-elle être tacite? M. Laurent le conteste : les conventions, il est vrai, peuvent en général être tacites, mais dit l'éminent professeur, ce principe est étranger à celles qui écartent l'application du droit commun. Ces dernières conventions doivent être expresses. Cette proposition nous paraît inexacte : il suffit que l'intention de déroger au droit commun soit certaine. Or on conçoit qu'il peut se présenter des circonstances où il en sera ainsi. En voici un exemple : au su du créancier, le codébiteur poursuivi n'a consenti à contracter que lorsque son codébiteur s'est déclaré prêt à fournir des sûretés accessoires ; les juges peuvent décider que, dans ce cas, il y a eu, de la part du créancier, engagement tacite de ne pas détruire ces sûretés. Cette décision se comprendra surtout si le codébiteur poursuivi n'était pas intéressé dans l'affaire. — *Adde* arg. art. 1134, al. 3, et art. 1135. — Dira-t-on que nous arrivons de la sorte à étendre aux codébiteurs solidaires la disposition de l'art. 2037? L'objection ne serait pas fondée. Cette disposition résout une question de droit. Or, dans notre hypothèse, il s'agit d'une question de fait [2].

V. *De la prétendue solidarité imparfaite.*

1292. Partant de cette idée que certains des effets de la solidarité supposent l'existence, entre les débiteurs, d'une association et d'un mandat réciproque, quelques auteurs ont refusé de reconnaître ces effets à la solidarité dans certains cas où l'on ne saurait, du moins d'après eux, considérer les

[1] Aubry et Rau, IV, p. 36 ; Demolombe, XXVI, n. 499 ; Laurent, XVII, n. 343, p. 345.

[2] *Sic* Demolombe, XXVI, n. 500. — *Contra* Laurent, XVII, n. 343, al. 2, p. 346.

débiteurs comme associés et mandataires les uns des autres. De là une prétendue distinction à faire entre la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite. La première produirait tous les effets énumérés par la loi, notamment ceux prévus par les art. 1205, 1206 et 1207. Ainsi, au cas où la chose due périrait par la faute ou pendant la demeure de l'un des codébiteurs, les autres n'en seraient pas moins obligés, en ce sens, du moins, qu'ils seraient tenus de payer le prix de cette chose. Les poursuites faites contre l'un d'entre eux interrompraient la prescription à l'égard de tous. Enfin l'acte qui ferait courir les intérêts contre l'un des codébiteurs les ferait nécessairement aussi courir contre les autres. Quant à la solidarité imparfaite, elle aurait seulement pour effet de permettre au créancier de demander le total à celui des coobligés qu'il lui conviendrait de choisir.

Mais à quelles conditions la solidarité serait-elle parfaite? à quelles conditions serait-elle imparfaite? Déjà, sur cette question générale, les partisans de la distinction se divisent. Le dissentiment s'accentue quand il s'agit de déterminer les cas de solidarité parfaite et ceux de solidarité imparfaite. Enfin il y a encore divergence entre les mêmes auteurs, sur le point de savoir si la solidarité qui, à l'origine, n'est pas parfaite, n'acquerrait pas ce caractère par l'effet de la condamnation. Deux systèmes sont en présence : celui de Mourlon et celui de MM. Aubry et Rau. Nous devons les exposer l'un et l'autre.

1293. D'après Mourlon : « Lorsque la solidarité existe entre plusieurs personnes qui se sont réunies, associées pour s'obliger ensemble, ou, plus généralement, qui se sont choisies, la solidarité est *parfaite*. Les codébiteurs se connaissent tous, et comme ils ont entre eux des rapports journaliers d'affaires, il est naturel de supposer qu'en acceptant la clause de solidarité, ils ont consenti à ne faire, à l'égard du créancier, qu'une seule et même personne représentée par chacun d'eux. On conçoit alors qu'ils soient représentants les uns des autres à l'effet de recevoir les poursuites du créancier, et qu'en conséquence chacun d'eux soit réputé actionné, par cela seul que l'un d'eux l'a été. Cette fiction n'a, en effet, rien

de dangereux : les codébiteurs ayant entre eux des rapports très fréquents, dès que l'un d'eux sera poursuivi, les autres en seront presque aussitôt avertis, et, par conséquent, mis en demeure d'exécuter l'obligation » (1).

Telle est l'idée générale du système. Mais quels seraient les divers cas de solidarité parfaite? D'abord tous les cas de solidarité conventionnelle. On verra que, sur ce point, MM. Aubry et Rau se prononcent de même. C'est, qu'en effet, en supposant que la distinction dût être admise, il ne saurait exister aucun doute relativement à la nature de la solidarité constituée par la volonté de l'homme. Mais la divergence apparaît quand il s'agit de choisir entre les divers cas de solidarité légale. Pour Mourlon, cette solidarité est *parfaite* « lorsqu'elle existe entre plusieurs personnes unies par un intérêt commun, qui ont entre elles des rapports fréquents, qui se connaissent ». Est, en conséquence, parfaite la solidarité existant soit entre la mère tutrice, qui s'est remariée sans avoir procédé à la convocation du conseil de famille, et son nouvel époux (art. 395), soit entre la mère, à qui la tutelle a été régulièrement conservée, et son nouveau mari, cotuteur (art. 396). Il en est de même de la solidarité instituée entre les exécuteurs testamentaires (art. 1033), entre plusieurs commodataires d'une même chose (art. 1887), enfin entre comandants (art. 2002).

Mais la solidarité serait imparfaite « lorsque, dit Mourlon, la loi l'établit entre personnes qui ne se connaissent point, qui ne sont qu'accidentellement codébiteurs, qui n'ont entre elles que des rapports fort rares ». Il en serait ainsi notamment quand la solidarité existe soit entre les colocataires d'une maison incendiée (art. 1733, cas aujourd'hui supprimé, nous l'avons dit), soit entre les divers signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (art. 140 et 187 C. com.), soit entre plusieurs personnes condamnées pour le même crime ou le même délit (art. 55 C. pr.). Dans ces trois cas, la solidarité n'aurait pas d'autre effet que de permettre au créancier de poursuivre pour le tout le débiteur de son choix (2).

(1) Mourlon, II, n. 1259.
(2) Mourlon, II, n. 1260.

1294. Par certains côtés, le système de MM. Aubry et Rau diffère sensiblement de celui que nous venons d'exposer. Ces auteurs distinguent les dispositions législatives qui institueraient directement et par elles-mêmes une obligation parfaitement solidaire (*obligatio correalis*), et celles qui « donneraient simplement au créancier le droit d'agir pour le total contre l'une ou l'autre des personnes responsables et celui de provoquer contre toutes une condamnation solidaire »... « Mais, une fois la condamnation prononcée, disent MM. Aubry et Rau, toutes les règles relatives aux rapports du créancier et des débiteurs solidaires deviennent applicables à l'obligation ainsi reconnue ». Seraient directement et par elles-mêmes génératrices d'une solidarité parfaite toutes les dispositions simplement déclaratives de la volonté des parties. A proprement parler, en effet, la solidarité qu'elles reconnaissent est moins légale que conventionnelle. Telles sont les dispositions des art. 1887 et 2002. Dans les hypothèses par elles prévues, la solidarité est fondée sur la volonté présumée des contractants. Telles sont encore les dispositions des art. 396 et 1033. C'est que, dans les cas dont elles parlent, la solidarité « se rattache à une obligation préexistante, résultant de l'acceptation ou de la délation de fonctions indivisément confiées à ces personnes » (1). La garantie solidaire dont sont tenus les souscripteurs, donneurs d'aval et endosseurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, « constitue également (d'après les mêmes auteurs) une obligation conventionnelle, puisqu'il n'existe qu'une seule obligation à laquelle viennent successivement accéder, avec engagement solidaire, tous ceux qui ont apposé leur signature sur le titre qui la constate » (2). Il s'ensuit que le protêt fait courir les intérêts contre tous les signataires. Toutefois le porteur doit, pour conserver son recours solidaire, dénoncer le protêt, avec assignation dans les délais fixés par le Code de commerce, à tous les signataires contre lesquels il veut exercer ce recours.

(1) IV, p. 19.
(2) IV, p. 20.

Comme textes dont les dispositions établiraient une solidarité imparfaite, ayant seulement pour effet de donner au créancier le droit de demander le total à chacune des personnes responsables et d'obtenir contre toutes celles-ci une condamnation solidaire, MM. Aubry et Rau citent les art. 395, 1442 et 1734 C. civ. et l'art. 55 C. pén.

1295. Si l'on compare cette théorie et celle de Mourlon, on relève entre elles deux importantes différences : d'abord, dans le système de MM. Aubry et Rau, la solidarité imparfaite est transformée en solidarité parfaite par la condamnation solidaire : « Aucun texte de loi, disent ces auteurs, ne permet de supposer que le législateur ait voulu établir, du moins en général, des différences quelconques entre les effets d'un engagement contracté d'une manière solidaire et ceux d'une condamnation prononcée solidairement » (1). Dans le système de Mourlon, au contraire, la solidarité qui, à son origine, est imparfaite, conserve ce caractère après la condamnation.

D'autre part, Mourlon et MM. Aubry et Rau ne s'accordent point quand ils appliquent leur distinction aux différents cas prévus par la loi. Le premier de ces auteurs considère comme imparfaite la solidarité existant entre les divers signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, tandis que, selon MM. Aubry et Rau, cette solidarité serait parfaite (2). En sens inverse, Mourlon admet l'existence de la solidarité parfaite entre la mère tutrice qui s'est remariée sans satisfaire aux exigences de l'art. 395, al. 1er, et son nouvel époux, tandis que, pour MM. Aubry et Rau, c'est de la solidarité imparfaite qu'il s'agit dans ce cas.

1296. Les théories que nous venons d'exposer doivent, toutes deux, être rejetées. Dans les textes qui établiraient la solidarité imparfaite, le législateur, pour caractériser le rapport de droit qu'il institue, n'emploie que les expressions *solidarité, solidaire, solidairement.* Il n'y ajoute point de qualificatif. Il s'agit donc de préciser le sens qu'ont, dans

(1) IV, p. 22, note 8 *in fine.*
(2) V. *infra*, n. 1297.

ces textes, les termes précités, et pour cela nous devons nous référer à la section où le législateur s'occupe spécialement de la solidarité, où il la définit et indique ses effets. Or, dans cette section, la suite même des dispositions proteste contre la distinction imaginée par certains interprètes. Après avoir, dans l'alinéa 1er de l'art. 1202, déclaré que la solidarité ne se présume pas et qu'elle doit être expressément stipulée, le législateur ajoute : « Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi ». Puis, après avoir ainsi montré que la solidarité peut être soit conventionnelle, soit légale, il passe à l'énumération de ses divers effets. Si les effets par lui indiqués ne devaient pas se produire dans tous les cas de solidarité, s'il fallait, dans certains de ces cas, exclure l'application des art. 1205, 1206 et 1207, est-il admissible que, sur un point aussi important, les auteurs du Code auraient gardé le silence?

On objecte que les effets prévus par ces trois articles supposent l'existence, entre les codébiteurs, d'une association et d'un mandat réciproque, et que, par suite, ils ne peuvent avoir lieu dans les cas où cette base fait défaut. L'objection n'est point concluante. L'idée d'association et de mandat permet, il est vrai, d'expliquer plus facilement les dispositions des art. 1205, 1206 et 1207; mais il n'y a rien d'étonnant à ce que la loi, pour donner plus de garanties au créancier, étende ces dispositions à des cas où les codébiteurs ne peuvent pas être considérés comme associés et comme mandataires conventionnels les uns des autres. Au surplus, il n'est même pas exact qu'il soit impossible, dans les prétendus cas de solidarité imparfaite, de faire intervenir l'idée d'association et de mandat conventionnel réciproque. A raison de la nature de leurs fonctions communes, le tuteur et le subrogé-tuteur peuvent être considérés comme associés. Le même lien se conçoit facilement entre la mère tutrice qui ne s'est pas conformée aux prescriptions de l'art. 395, al. 1er, et son nouveau mari. On pouvait même, sous l'empire de l'ancien art. 1734, dire que les divers locataires d'une même maison, par cela seul que chacun d'entre eux avait consenti

à prendre à bail une partie seulement de cet immeuble, s'étaient tacitement associés relativement aux risques d'incendie. Quant aux personnes condamnées pour un même crime ou pour un même délit, il n'est pas contestable qu'elles ont formé entre elles une association. Celle-ci, il est vrai, est contraire à la loi, et, par conséquent, ne saurait être invoquée par ces personnes. Mais il est inadmissible qu'au regard des victimes de l'infraction, les codélinquants soient dans une situation plus avantageuse pour eux que si leur convention avait été licite.

MM. Aubry et Rau enseignent que la condamnation prononcée contre les codébiteurs solidairement a pour effet de transformer la solidarité imparfaite en solidarité parfaite. C'est méconnaître un principe essentiel : les jugements ne sont que déclaratifs des droits. Si donc, avant la condamnation, les codébiteurs ne pouvaient pas être considérés comme associés et comme mandataires les uns des autres et si, par suite, la solidarité n'engendrait pas alors les effets prévus par les art. **1205**, **1206** et **1207**, il doit en être de même lorsqu'ils ont été condamnés. Mais, nous le répétons, il n'y a pas lieu de distinguer la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite. La modalité dont nous traitons produit toujours des effets aussi complets (1).

La jurisprudence vient de se prononcer pour la première fois, du moins d'une façon formelle, sur notre question : la cour de Paris, par un arrêt du 28 mai 1900, a refusé d'admettre l'existence de la solidarité imparfaite (2).

1297. Il est, toutefois, un cas dans lequel le législateur a

(1) Colmet de Santerre, V, n. 135 *bis*-II, p. 209; Demolombe, XXVI, n. 288; Laurent, XVII, n. 313-317; Vigié, II, n. 1478. — Cpr. Huc, VII, n. 330; Planiol, II, n. 812-813.

(2) *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 221. On lit dans cette décision : « Considérant que cette distinction est contraire aux articles du Code civil qui traitent de la solidarité; que l'art. 1202 indique qu'elle doit résulter, soit d'une stipulation, soit d'une disposition de la loi, et que les articles suivants tracent les règles de la matière, sans distinguer entre la solidarité légale et la solidarité conventionnelle; qu'elles doivent donc s'appliquer à l'une comme à l'autre. — Considérant que la thèse juridique soutenue par les appelants repose sur une base si arbitraire que les partisans de la doctrine de la solidarité imparfaite ne parviennent pas à s'entendre sur le principe qui permettrait de la définir et sur les conditions de son applicabilité ».

lui-même modifié la solidarité, en ce sens qu'il en a, dans une certaine mesure, diminué l'effet. Après avoir dans l'art. 140 disposé que « tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur », il décide dans les art. 167 et 168, que le porteur non payé ne peut pas toujours exercer utilement son recours contre un seul des débiteurs pour tous et que quelques-uns de ces derniers peuvent être libérés par le défaut de poursuites sans que les autres le soient. Ajoutons qu'il résulte de l'art. 187 que cet ensemble de dispositions s'applique en matière de billet à ordre. Ici, du moment que le législateur s'en est expliqué, on est bien obligé de reconnaître, par exception, l'existence d'une solidarité incomplète ou imparfaite [1].

VI. *De la responsabilité des coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit.*

1298. Les coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit sont-ils tenus solidairement de réparer le dommage? L'hypothèse n'est point prévue par l'art. 55 C. pén., car ce texte suppose que le fait pour lequel plusieurs personnes ont été condamnées est qualifié crime ou délit par la loi pénale. Il faut donc se placer sur un autre terrain.

La question est très discutée. La doctrine est partagée entre quatre systèmes : celui de la solidarité parfaite, celui de la solidarité imparfaite, celui de la responsabilité pour le tout, enfin celui de la responsabilité par portions viriles. Quant à la jurisprudence, elle décide que les coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit peuvent être poursuivis chacun pour le total des dommages-intérêts. Mais, bien qu'elle emploie le mot *solidarité*, on ne voit pas nettement quel est le principe qu'elle donne pour base à cette décision. Est-ce la solidarité proprement dite? la responsabilité pour le tout?

[1] Colmet de Santerre, V, n. 135 *bis*-III ; Demolombe, XXVI n. 200 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. com.*, I, n. 1174 et 1246 *in fine*, et *Tr. de dr. com.*, IV, n. 267 et 369 *in fine* ; Valabrègue, *Nouv. cours de dr. com.*, n. 272, p. 335 *in fine* et 336 ; Thaller, *Tr. élém. de dr. com.*, n. 1546. — Cpr. Rodière, *op. cit.*, n. 272-280.

l'indivisibilité de l'obligation? Ainsi que nous le montrerons, il règne sur ce point, dans les arrêts, de la confusion et même de l'incohérence.

Vu l'importance du problème, nous exposerons d'abord les diverses théories, en nous attachant surtout aux principales, puis les variantes que présente la jurisprudence.

1299. M. Laurent, reprenant une thèse qui est restée longtemps abandonnée (1), se prononce contre la solidarité, sans admettre, d'ailleurs, la responsabilité pour le tout. Il fait observer qu'il n'existe aucune loi rendant solidaires les coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit. Cette raison lui paraît décisive. A l'appui de l'opinion contraire on a invoqué des textes du Digeste (2), et on a prétendu tirer un argument de l'art. **1734**, qui prononçait la responsabilité solidaire des colocataires d'une maison incendiée. Mais, fait observer M. Laurent, d'une part, depuis la promulgation du Code civil, le droit romain a cessé d'avoir force de loi en France, et, d'autre part, en matière de solidarité, on ne doit pas raisonner par induction d'une hypothèse à une autre. L'art. **1202**, après avoir déclaré que la solidarité ne se présume pas, n'écarte l'application de cette règle que pour les cas où la solidarité « a lieu de plein droit, *en vertu d'une disposition de la loi* ». Il n'est donc pas juridique d'étendre par analogie la disposition de l'art. **1734** (3).

1300. M. Larombière défend l'opinion contraire. Sans doute la solidarité ne se présume pas, mais, dit-il, par cela seul que l'art. **1202** ajoute qu'elle doit être *expressément stipulée,* il montre qu'il concerne exclusivement la solidarité conventionnelle ; ce texte n'est donc pas applicable aux obligations naissant des délits civils ou des quasi-délits, car elles se forment sans convention. Sans doute encore, l'art. 55 C. pén. n'est pas relatif aux faits dont nous parlons ; mais, s'il dispose qu'il y a solidarité lorsque plusieurs personnes sont condamnées pour un même crime ou pour un même délit, c'est surtout parce qu'il est impossible de reconnaître

(1) Elle avait été soutenue par Toullier, XI, n. 149, 150 et 151, al. 1er.

(2) L. 1, §§ 9 et 10, et L. 2 et 5, D., *Ne his qui effuderint*, IX, 3.

(3) Laurent, XVII, n. 318-324. — *Adde* Duranton, XI, n. 194, p. 222, al. 2.

la part respective des coauteurs ou des complices dans la perpétration du fait incriminé, comme aussi dans le dommage qui en est résulté. A raison de cette impossibilité, chacun d'entre eux, par la force des choses, doit être considéré comme ayant individuellement causé tout le préjudice et comme ayant seul commis le fait dommageable. Or ce motif existe aussi dans le cas dont nous parlons. M. Larombière conclut en déclarant que la solidarité résulte *virtuellement* de la seule disposition de l'art. 1382 (1). Pour comprendre toute la portée de cette proposition, remarquons que M. Larombière ne distingue pas la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite. Ainsi la solidarité, dans notre hypothèse, doit produire, d'après lui, tous les effets dont il est parlé dans notre section.

1301. M. Demolombe n'admet aucune solidarité en ce qui concerne les coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit, pas plus la solidarité simplement imparfaite que la solidarité parfaite. Il est d'avis, sans doute, qu'ils sont tenus chacun pour le total. Mais une pareille obligation diffère essentiellement de l'obligation solidaire. La solidarité constitue une dérogation que la convention ou la loi apporte au droit commun, tandis que l'obligation au tout est telle « par la nécessité même des situations ». Chacun des obligés est tenu pour le tout, parce que, vu la nature des choses, il ne saurait en être autrement. Mais si, dans l'hypothèse, il ne peut être question d'obligations solidaires, les principes du droit et l'équité exigent, du moins, qu'il y ait obligation au tout. Nous n'hésitons pas à nous ranger à l'opinion de M. Demolombe : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », dit l'art. 1382. Et l'art. 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». L'application de ces textes ne serait pas assurée si, dans notre cas, on divisait la responsabilité. En fait, il arriverait la plupart du temps que celle-ci ne pèserait pas suffisam-

(1) Larombière, III, p. 416 (art. 1202, n. 22). — Cpr. Delvincourt, III, p. 683.

ment sur un ou plusieurs des coauteurs et que la victime du délit ou du quasi-délit n'obtiendrait pas la réparation qui lui serait due. Supposons un dommage causé par deux personnes dont il est impossible de déterminer les responsabilités respectives et dont l'une est insolvable : ne serait-il pas profondément inique et manifestement contraire aux dispositions des textes précités de ne mettre que la moitié des dommages-intérêts à la charge de chacune d'elles, alors que la faute de celle qui est solvable a peut-être suffi pour causer tout le préjudice ! Dans l'impossibilité où l'on est de connaître la responsabilité de chacun, il convient de se prononcer pour la solution qui empêche la violation des principes essentiels écrits dans les art. **1382** et **1383** (1).

1302. La différence que nous avons établie entre l'obligation solidaire et l'obligation au tout montre assez que les art. **1206** et **1207** ne seraient pas applicables aux coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit (2). Les effets qui, aux termes de ces textes, sont produits par l'obligation solidaire, tiennent au caractère que nous avons reconnu à celle-ci et qui n'existe pas dans l'obligation au tout (3).

Par la même raison, la remise de dette faite à l'un des coauteurs par la victime du délit civil ou du quasi-délit n'aurait pas pour effet de libérer les autres, sauf toutefois dans la mesure du recours que, sans cela, ils auraient le droit d'exercer contre lui (4).

(1) Demolombe, XXVI, n. 291-293, 295-300. — Il semble tout d'abord que ce soit aussi le système de MM. Aubry et Rau. Prévoyant notre hypothèse, ils parlent, dans leur texte, de « responsabilité *in solidum* » ; mais, en note, ils raisonnent comme s'il s'agissait d'un cas de solidarité légale. IV, p. 22, texte et note 13. — Quant à M. Colmet de Santerre, il enseigne une théorie qui ressemble beaucoup à celle de M. Demolombe. Toutefois, bien qu'il repousse, en principe, la distinction de la solidarité parfaite et de la solidarité imparfaite, il emploie cette dernière expression pour désigner la responsabilité qui pèse sur chacun des coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit. V, n. 135 *bis*-III, al. 3. — Cpr. Marcadé, IV, n. 604, p. 489.

(2) Si nous ne visons pas aussi l'art. 1205, c'est parce que la dette des coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit a pour objet une somme d'argent et que l'art. 1205, par cela même qu'il prévoit la perte de la chose due, suppose que cette chose est un corps certain. Mais il est évident que l'obligation au tout, envisagée en elle-même, n'admet pas plus l'application de cet article que celle des deux suivants.

(3) Demolombe, XXVI, n. 297-298.

(4) Demolombe, XXVI, n. 299.

Il résulte du même principe que le jugement rendu exclusivement en faveur de l'un des coauteurs ne saurait être invoqué par les autres, si ce n'est dans la mesure que nous venons d'indiquer. Cette solution découle nécessairement de l'idée que chacun des coauteurs est tenu d'une obligation distincte ([1]).

1303. La jurisprudence a décidé, d'une façon à peu près constante, que les coauteurs d'un délit ou d'un quasi-délit sont tenus solidairement de réparer le préjudice causé par eux ([2]). Mais elle a varié dans la façon de justifier cette décision. Un arrêt de la chambre civile, du 29 février 1836, se borne à dire : « Considérant que l'art. 1202 C. civ., qui statue que *la solidarité ne se présume pas, qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée*, indique manifestement, par cette dernière expression, que la règle posée par l'art. 1202 ne gouverne que la solidarité *conventionnelle ;* — qu'elle ne saurait donc s'appliquer au cas de délits et quasi-délits, lesquels constituent des engagements *qui se forment sans convention* » ([3]). D'autres arrêts se fondent simplement sur cette considération qu'il est impossible de déterminer la part de chacun des coauteurs dans la perpétration du délit civil ou du quasi-délit, ni, par conséquent, dans la responsabilité qui en résulte ([4]). D'autres se placent à la fois aux deux points de

([1]) Demolombe, *op. cit.* — Est-il besoin de dire que le coauteur poursuivi ne pourrait pas opposer le bénéfice de division ? Il en est ainsi pour l'obligation solidaire. Il doit en être de même à plus forte raison pour l'obligation au tout, puisque, pour cette dernière, il n'y a pas seulement pluralité de liens, mais pluralité d'obligations. Demolombe, XXVI, n. 300. — V. cependant Marcadé, IV, n. 604.

([2]) V. les nombreuses décisions judiciaires rapportées dans Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 1202, n. 9-34, 43-89. — On peut citer en sens contraire Civ. cass., 3 déc. 1827, S. chr., VIII, 1, 713, D., *Répert. alph.*, v° *Contrainte par corps*, n. 347. — Lyon, 21 mai 1855, D. P., 56. 2. 35. — V. aussi Bordeaux, 16 fév. 1829, S. chr. ; IX, 2, 210, D. *Répert. alph.*, v° *Prescription*, n. 261.

([3]) S., 36. 1. 293. — Le même argument est présenté d'une façon un peu différente dans un arrêt de la chambre des requêtes, du 15 janvier 1878 : « Attendu que si le premier alinéa de l'art. 1202 C. civ. porte que la solidarité ne se présume pas, qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée, le deuxième alinéa du même article ajoute que cette règle ne s'applique pas dans le cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi ». D. P., 78. 1. 152.

([4]) Civ. rej., 11 juill. 1826, S. chr., VIII, 1, 388. Dans l'espèce, les propriétaires de plusieurs fabriques de soude factice avaient été assignés, à la requête d'un voisin, en réparation du dommage causé aux propriétés de celui-ci par les exhalai-

vue [1]. Il en est un ou deux qui tirent de l'art. 55 C. pén. un argument d'analogie [2]. Enfin quelques arrêts décident que, dans le cas où plusieurs personnes se sont entendues pour commettre un délit civil, la solidarité est la conséquence légale du *concert frauduleux* [3].

sons provenant de ces diverses fabriques : « Considérant, dit la chambre civile, qu'il y a eu *nécessité* pour la Cour royale *de prononcer une condamnation solidaire par l'impossibilité où elle a déclaré se trouver, en fait, de déterminer la proportion dans laquelle chaque établissement devait être tenu des dommages*, et que cette proportion serait, d'ailleurs, réglée d'une manière plus exacte par les propriétaires desdits établissements, qui ont déjà fait des offres sur lesquelles l'arrêt a basé sa condamnation ». — V. aussi Req., 7 août 1837, S., 37. 1. 889; 12 janv. 1863, S., 63. 1. 249. — Trib. civ. Seine, 19 déc. 1895, *Gaz. Trib.*, 22 déc. 1895. — Paris, 16 mai 1896, *Bull. C. d'appel*, 6 nov. 1896 (texte non publié). — Req., 10 nov. 1897, D. P., 98. 1. 310. — Certains arrêts sont moins explicites, mais, somme toute, expriment la même idée. Telle est la décision rendue par la chambre civile le 12 juillet 1837, où il est dit : « La solidarité ressortait nécessairement, pour les uns comme pour les autres, de la *nature de la cause*, des faits qui s'y rattachent, car elle repose sur la réparation d'un quasi-délit... dont chacun des auteurs était à la fois personnellement et simultanément responsable ». — S., 37. 1. 964. — On lit également dans un arrêt de la cour de Paris, du 26 février 1829 : « En ce qui touche la solidarité : Considérant que dans l'espèce particulière dont il s'agit, *elle résulte nécessairement de la nature même des choses* ». — S. chr., IX, 2. 221. — Civ. rej. 11 juillet 1892, S., 92. 1. 505, D. P., 94. 1. 561. — Aussi, d'après un arrêt de la cour de cassation, « il ne suffit pas, pour que la solidarité soit prononcée en matière de responsabilité provenant d'un quasi-délit, que la faute soit déclarée commune à un certain nombre de défendeurs ; ...il faut, de plus, qu'il soit constaté que cette faute est dans de telles conditions d'indivisibilité *que toute répartition est impossible* entre ceux qui l'ont commise ». — Civ. rej., 15 juill. 1895, D. P., 96. 1. 31. — V. aussi Civ. cass., 8 juill. 1895, D. P., 96. 1. 85.

[1] Aix, 14 mai 1825, joint à Civ. rej., 11 juill. 1826, précité.

[2] Caen, 5 mars 1894, D. P., 95. 2. 329 : « Attendu qu'aux termes de l'art. 55 C. pén., tous les individus condamnés pour un même crime ou un même délit sont tenus solidairement des dommages-intérêts; que le rôle de chacun d'eux dans l'exécution d'un crime ou d'un délit peut avoir été très distinct et résulter d'actes séparés; qu'il suffit, pour qu'ils soient tenus solidairement, qu'ils aient tous concouru plus ou moins à l'exécution d'un même crime ou d'un même délit; *que, par analogie, la même règle doit être appliquée, en matière de quasi-délits, pour la réparation du dommage causé; qu'il n'y a, en effet, aucune différence entre le délit et le quasi délit au point de vue du dommage causé* ». — *Adde* Bordeaux, 24 mars 1898, *Journal des Arrêts de Bordeaux*, 98. 1. 362. — Dans le même ordre d'idées, signalons l'arrêt de la chambre des requêtes, du 12 janvier 1863, où l'on relève cette étrange proposition « que la solidarité, dans ce cas, est la *peine* du quasi-délit qui a été commis ». — D. P., 63. 1. 302.

[3] Sect. req., 3 juill. 1817, S. chr., V, 1, 342. — Nancy, 18 mai 1827, S. chr., VIII, 2, 370. — Civ. cass., 29 déc. 1852, S., 53. 1. 91, D. P., 53. 1. 49. — Req., 25 juill. 1870, S., 72. 1. 122, D. P., 72. 1. 25; 9 déc. 1872, S., 73. 1. 11, D. P., 73. 1. 238; 26 juin 1894, S., 96. 1. 167, D. P., 94. 1. 440. — V. aussi Req., 17 oct.

1304. Notons, qu'en général, la cour de cassation donne pour seul motif l'impossibilité de reconnaître dans quelle mesure chacun des coauteurs a participé à la perpétration du fait dommageable [1]. A raison de cette impossibilité, elle emploie, dans plusieurs de ses arrêts, en parlant soit de ce fait, soit de la réparation due, les expressions *indivisible, indivisibilité*. On lit dans une décision de la chambre des requêtes, du 20 juillet 1852 : « Attendu, qu'en règle générale et en vertu des principes sur les engagements qui se forment sans convention, la réparation du préjudice causé par un fait dommageable *indivisible* peut être demandée pour le tout contre chacun des auteurs de ce fait » [2]. Et, dans un autre arrêt de la même chambre, du 18 août 1862 : « Attendu... qu'il est en effet de principe que tous ceux qui ont concouru à un fait unique dommageable en doivent simultanément la réparation ; que la condamnation solidaire n'est, dans ce cas, que la forme d'une *exécution qui ne peut pas plus être divisée que le quasi-délit qui l'a provoquée* » [3]. On peut, sans doute, s'expliquer cette façon de parler, mais elle ne laisse pas que d'être dangereuse. C'est ce qui apparaît déjà nettement dans une décision rendue, par la chambre civile, le 8 novembre 1836 : « Attendu, porte cet arrêt, que le dommage dont la réparation était ordonnée, avait été causé par deux personnes, sans qu'on pût déterminer la part que chacune avait prise dans ce fait ; que cette réparation constituant un *objet indivisible,* le tribunal a pu condamner solidairement les deman-

1894, S., 94. 1. 488, D. P., 95. 1. 72. — Remarquons, dans l'arrêt précité du 29 déc. 1852, le passage suivant : « Attendu que les auteurs d'un fait dommageable sont tenus de réparer le préjudice qu'ils ont causé par leur faute ; — qu'ils en sont tenus solidairement lorsque le fait est le résultat d'un *concert entre eux, et qu'ils y ont simultanément concouru ;* — que, dans ce cas, chacun des auteurs du quasi-délit doit être considéré comme individuellement la cause du dommage, *qui peut-être n'aurait pas eu lieu sans sa participation* ».

[1] V. les arrêts indiqués ci-dessus, en note.

[2] S., 52. 1. 689, D. P., 52. 1. 247.

[3] S., 63. 1. 265. — V. aussi Civ. cass., 14 août 1867, S., 67. 1. 401. — Besançon, 20 juillet 1884, S., 85. 2. 44 : « Attendu, dit cet arrêt, que, s'agissant de la réparation d'une faute unique..., la réparation ne peut être divisée au regard de la victime et se trouve encourue, *in solidum,* par les deux participants à cette faute unique ». — *Adde* Riom, 12 janv. 1885, D. P., 86. 2. 133.

deurs en cassation au paiement des dommages-intérêts » [1]. Ces mots « objet indivisible » faisaient pressentir une confusion, qui n'a pas tardé à se produire. La même chambre, dans un arrêt du 29 janvier 1840, s'exprime ainsi : « Attendu, en droit, que du rapprochement des art. 1202, *1217*, *1218 et 1222*, C. civ., et des art. 126 et 1036 C. pr., il résulte que, par cela même que la solidarité doit être expressément stipulée dans les contrats, il ne peut pas en être de même dans les cas où la même solidarité dérive soit de la nature elle-même de l'obligation, soit du délit ou quasi-délit de l'obligé » [2]. Le fait de viser les art. 1217, 1218 et 1222, dont les dispositions concernent les *obligations indivisibles,* suppose une confusion regrettable. Une obligation n'est indivisible que lorsque son objet présente ce caractère. Or, dans notre cas, l'obligation a pour objet une somme d'argent, par conséquent une chose essentiellement divisible [3].

1305. Bien que, dans l'hypothèse, il s'agisse, à notre avis, non d'une obligation solidaire, mais d'une obligation au tout, celui des coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit qui paie la totalité des dommages-intérêts, a, d'après nous, un recours contre les autres. On objecte qu'en réalité, au cas de responsabilité pour le total, il y a autant d'obligations distinctes que d'individus responsables. Celui qui paie le tout, dit-on, ne paie que ce qu'il doit personnellement ; le paiement par lui fait ne s'applique point, même pour partie, à la dette des autres obligés. Son droit à un recours contre ces derniers manquerait donc de base juridique [4]. A vrai dire, nous le reconnaissons, le cas n'est pas prévu par la loi ; mais notre solution ne s'en impose pas moins. Il n'est pas admissible qu'il dépende du caprice ou de la partialité du créancier de faire peser toute la charge de la réparation sur un seul des obligés. Pourquoi l'interprète ne pourrait-il pas, à défaut de disposition législative et de principe juridique, s'inspirer de

[1] S., 36. 1. 801, D., *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, n. 246-2°, et *Action possess.*, n. 69.

[2] S., 40. 1. 369, D., *op. cit.*, v° *Obligat.*, n. 1483, et *Presse-outrage*, n. 44

[3] Cpr. Demolombe, XXVI, n. 293-294 ; Laurent, XVII, n. 322 et 324.

[4] Huc, VII, n. 314, n. 420 *in fine*, 421 et 422.

l'équité? N'est-il pas naturel que les tribunaux se placent à ce point de vue, eux qui ne peuvent pas se refuser de juger sous prétexte du silence de la loi? Art. 4.

Vainement dirait-on, en ce qui concerne spécialement le cas où il s'agit d'un délit civil, que le droit au recours ne saurait se concilier avec la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Cette règle, comme on l'a déjà vu, n'a point passé dans notre droit. C'est bien ce que nous montre le législateur lui-même, puisque, dans le cas de condamnation prononcée contre plusieurs personnes pour le même crime ou le même délit, cas prévu par l'art. 55 C. pén., il ne prive pas du recours celui qui paie le total des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts ou des frais.

Il n'y a pas, d'ailleurs, à distinguer suivant que le créancier a poursuivi tous les coauteurs du délit civil ou du quasi-délit ou seulement celui qui a payé. Ce dernier peut, aussi bien dans la seconde hypothèse que dans la première, agir contre les autres débiteurs. Peu importe qu'il ait été condamné seul. Son droit à un recours ne saurait dépendre de la fantaisie du créancier. Celui-ci ne pourrait certainement pas, en consentant expressément à l'un des obligés la remise de la dette, mettre le total des dommages-intérêts à la charge des autres. Il ne doit pas pouvoir faire par un moyen détourné ce que la loi ne lui permet pas de faire directement (²).

Dans quelle proportion le coauteur qui a payé toute l'indemnité a-t-il un recours contre chacun des autres? pour sa portion virile, puisque, par hypothèse, il a été impossible, de déterminer la part de préjudice causée par chacun des coauteurs.

1306. Nous venons de voir que, dans le système de la jurisprudence, le droit, pour les tribunaux, de condamner solidairement les coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit, résulte de l'impossibilité de reconnaître la part de chacun dans le fait dommageable. Mais, d'après la jurisprudence encore, cela ne fait pas obstacle à ce que les juges

(¹) Cpr. Demolombe, XXVI, n. 304. — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 282, les deux derniers alinéas (édit. Dupin, I, p. 148).

(²) Demolombe, XXVI, n. 307-308.

puissent, dans les rapports des coauteurs entre eux, répartir inégalement la responsabilité, de telle sorte que l'un d'eux doive supporter, dans la réparation, une part supérieure ou inférieure à sa part virile. Le rapprochement de ces deux propositions, dit-on, n'a rien de contradictoire. Sans doute, lorsque, au regard de la victime du délit civil ou du quasi-délit, il est impossible de déterminer dans quelle proportion chacun des coauteurs a participé au fait dommageable, la même impossibilité existe quand il s'agit de statuer sur les rapports de ces derniers entre eux ; mais, si le jugement de condamnation fait peser inégalement la responsabilité sur les coauteurs, c'est par appréciation de la gravité respective des fautes, et non pas à raison de l'influence que chacune d'elles a eue sur la réalisation du préjudice. Ainsi raisonne la cour de cassation [1].

Cette décision ne nous paraît pas juridique. Elle procède, en effet, de la tendance qu'ont les tribunaux à se placer au point de vue pénal dans le règlement des dommages-intérêts en matière civile. Quand les juges répartissent une dette d'indemnité entre plusieurs personnes, ils doivent mettre à la charge de chacune d'elles une part de dommages-intérêts proportionnelle à la part de préjudice qu'elle a causée. S'ils ne peuvent déterminer cette dernière, ils n'ont qu'à diviser la responsabilité par portions viriles. Lorsque c'est par appréciation de la gravité relative des fautes qu'ils répartissent inégalement la responsabilité, ils frappent d'une peine l'individu qu'ils condamnent à supporter dans l'indemnité une part supérieure à sa portion virile, et ils sortent ainsi du rôle qui leur est assigné par le législateur. Mais, si ce procédé ne peut se justifier, il semble s'expliquer historiquement : on peut voir en lui une trace des idées primitives. Dans les sociétés antiques, la composition moyennant laquelle la victime d'un délit renonçait à sa vengeance correspondait en même temps, pour parler le langage du droit moderne, à la peine et à l'indemnité, avec cette particularité que l'idée de

[1] Civ. rej., 11 juil. 1892, S., 92. 1. 505, D. P., 94. 1. 561. — V. aussi Larombière, III, p. 497 (art. 1213, n. 2). — Req., 28 mai 1889, S., 90. 1. 9, D. P., 90. 1. 414.

peine était prédominante. Et lorsque vint le moment où, par suite de l'organisation du pouvoir social, la composition fut tarifée par la loi, elle ne conserva pas moins longtemps encore ce caractère mixte. Ce fut seulement dans la seconde moitié du XIIe siècle que la séparation des deux éléments apparut en France, et encore ne fut-elle nettement formulée qu'à la fin du XIIIe. Aujourd'hui, théoriquement, la condamnation à des dommages-intérêts a complètement perdu son caractère pénal (1); mais, en fait, il arrive assez souvent — et la jurisprudence par nous critiquée en est un exemple — que les juges ont égard, dans la fixation des réparations civiles, à la gravité de la faute du défendeur (2).

VII. *Droit comparé.*

1307. Parmi les codes civils étrangers, quelques-uns, en ce qui concerne la solidarité passive, ne font guère que reproduire, sinon dans leurs termes (3), du moins dans leur esprit, les dispositions de la législation française. Nous citerons le Code civil portugais, le Code civil chilien, le Code civil des tribunaux mixtes d'Egypte (4).

(1) La séparation du pénal et du civil n'est pas complète à tous égards; il y a aujourd'hui encore, à certains points de vue, influence du premier sur le second (compétence, prescription).

(2) V. Demogue, *De la répar. civ. des délits*, p. 5-12. — V. aussi Ihering, *De la faute en dr. priv.* (*Etude compl. de l'esprit du dr. rom.*, I), traduction de Meuleneare.

(3) Reproduction presque littérale dans C. civ. néerlandais, art. 1316, 1331 et 2020, al. 1 et 2.

(4) Ces codes disent formellement que le créancier peut agir, soit contre tous les codébiteurs à la fois, soit contre l'un d'entre eux à son choix. — C. civ. port., art. 752; C. civ. chil., art. 1514; C. civ. trib. mixtes, art. 165. Mais, sous l'empire du C. civ. franç., cette solution, quoique non consacrée par un texte législatif, ne fait pas difficulté. De plus, le C. civ. port., le C. civ. chil., le C. civ. des trib. mixtes d'Egypte ont simplifié et rendu plus claire la disposition contenue dans notre art. 1208. Le premier, par exemple, porte que : « Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui lui sont personnelles et toutes celles qui sont communes à tous les codébiteurs ». (Art. 756. Trad. G. Laneyrie et Joseph Dubois, p. 240). — V. aussi C. civ. chil., art. 1520; C. civ. trib. mixtes d'Egypte, art. 168. — En réalité, quoique présenté en termes tout différents, le système consacré par le Code civil des tribunaux mixtes se confond à peu près complètement avec celui de la loi française. Comme pour la solidarité active, ce code emploie l'expression de mandat pour caractériser la situation

Les autres peuvent se diviser en deux catégories correspondant à deux systèmes opposés [1].

Le premier de ces systèmes renforce la solidarité. Non seulement il maintient les effets admis par le droit français, mais il en ajoute certains. Ici, nous devons citer avant tout le Code civil espagnol. Il formule, dans son art. 1141, al. 2, cette règle générale : « Les actions exercées contre l'un des débiteurs solidaires nuiront aux autres ». Il en résulte, bien

des codébiteurs : « Les débiteurs sont, dans ce cas (au cas de solidarité), réputés cautions réciproques les uns des autres et *mandataires réciproques pour payer* ». Art. 163. — « On applique en ce cas les règles du contrat de cautionnement et du mandat ». Art. 164. — Le Code des tribunaux mixtes ne déclare pas spécialement, il est vrai, admettre les effets visés par nos art. 1205, 1206 et 1207. Mais il pose deux principes d'où ces effets paraissent bien découler : « La mise en demeure et la poursuite contre un seul débiteur solidaire produit effet contre tous les autres ». Art. 166. — « Aucun des débiteurs solidaires ne peut, par son fait, augmenter l'obligation des autres ». Art. 167. — En ce qui regarde la remise de dette, le même code a rejeté avec raison la disposition de notre art. 1285 : « Il (un débiteur solidaire) ne peut opposer la remise de la dette que pour la part de celui à qui la remise a été faite, à moins que la remise ne soit absolue, ce qui ne se présume pas ». Art. 170. — *Sic* Laurent, *Av. proj. de C. civ. belge*, art. 1286. V. IV, p. 256 et, pour les motifs, voir sous cet article les n. 1 et 3.

[1] Les dispositions que le Code civil japonais de 1896 consacre à la matière, forment un ensemble qui manque de clarté. Nous commencerons par transcrire les termes des art. 434 à 439 : « *La demande d'exécution, faite à l'un des débiteurs solidaires, produit effet contre les autres* ». Art. 434. — « Lorsqu'une novation est intervenue entre l'un des débiteurs solidaires et le créancier, le droit de créance s'éteint au profit de tous les débiteurs ». Art. 435. — « Lorsque l'un des débiteurs solidaires a une créance contre le créancier, si ce débiteur invoque la compensation, le droit de créance s'éteint au profit de tous les débiteurs. — Tant que le débiteur dont s'agit n'invoque pas la compensation, les autres ne peuvent l'invoquer que pour la part dudit débiteur dans la dette ». Art. 436. — « La remise de dette faite à l'un des débiteurs solidaires ne produit effet au profit des autres que pour la part dudit débiteur dans la dette ». Art. 437. — « S'il s'opère une confusion dans la personne de l'un des débiteurs solidaires, ce débiteur est censé avoir effectué le paiement ». Art. 438. — « Si la prescription s'est accomplie au profit de l'un des débiteurs solidaires, les autres sont également libérés de leurs obligations pour la part dudit débiteur dans la dette ». Art. 439. — Après avoir formulé ces règles, le Code civil japonais s'exprime ainsi : « *Les faits autres que ceux qui sont prévus aux six articles précédents, survenus du chef de l'un des débiteurs solidaires, n'ont pas d'effet à l'égard de ces codébiteurs* ». Art. 440 (traduct. Motono et Tomii, p. 107). On serait tout d'abord porté à déduire de cette disposition que les auteurs du Code civil japonais ont rejeté complètement les effets admis par nos art. 1205, 1206 et 1207, ces effets n'étant pas visés dans les art. 434 à 439. Mais ce dernier point n'est-il pas douteux en présence des termes de l'art. 434? Du moment que ce texte déclare d'une façon absolue que la demande d'exécution faite à l'un des débiteurs solidaires *produit effet à l'égard*

que la question ne soit pas expressément résolue, que les intérêts demandés contre l'un des codébiteurs courent contre tous. Arg. art. 1109. Quant à l'interruption de prescription, l'art. 1974, al. 1er, lui attribue formellement un effet absolu. Jusqu'ici, les solutions du Code civil espagnol concordent avec celles du Code civil français. Mais, conformément à l'art. 1147 du premier de ces codes, si la chose a péri ou si la prestation est devenue impossible par la faute de l'un des codébiteurs, « ils seront tous responsables envers le créancier, du prix *et de la réparation du dommage* et de l'allocation des intérêts, sans préjudice de leur action contre le débiteur coupable ou négligent » (1). Cette disposition aggrave la situation que, dans le cas prévu, notre code civil fait à ceux des débiteurs qui ne sont pas en faute : s'il ne les décharge pas de l'obligation de payer le prix, il déclare, du moins, qu'ils « ne sont point tenus des dommages-intérêts ». Cette solution est moins logique, mais elle est plus équitable (2).

Le Code civil espagnol dispose en outre, ainsi que le faisait déjà le Code civil argentin (3), que la confusion qui a lieu du chef de l'un des débiteurs solidaires, éteint l'obligation à

de tous, ne peut-on pas en conclure qu'une pareille demande entraîne la mise en demeure des coobligés, qu'elle fait courir contre eux les intérêts moratoires et qu'elle interrompt à leur égard la prescription? — Rapp les art. 147, 416 et 419.

Quoi qu'il en soit, on remarquera : 1° que le Code civil japonais, à la différence du Code civil français, admet l'effet absolu de la confusion qui s'opère en la personne de l'un des débiteurs solidaires; 2° qu'avant même que la compensation ait été invoquée par le débiteur qui est devenu créancier du créancier commun, les coobligés peuvent l'opposer pour la part de ce débiteur dans la dette solidaire. Cette dernière décision est d'autant plus remarquable qu'en droit japonais « la compensation s'opère au moyen d'une déclaration de volonté adressée par l'une des parties à l'autre... ». Art. 506, al. 1er (même traduct., p. 123). On a vu que, sous l'empire du Code civil français, la question est controversée. V. *supra*, n. 1250. Mais le législateur italien avait déjà consacré la solution qui a été admise par les auteurs du C. civ. japonais. V. n. 1307 *in fine*.

(1) C'est aussi la solution proposée par M. Laurent dans *l'Avant-projet de révision du C. civ. belge :* « Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres seront tenus du prix de la chose *et des dommages-intérêts*, sauf leur recours contre le codébiteur par la faute duquel la chose a péri ». Art. 1207. V. IV, p. 191, et, pour les motifs, le n. 3 sous cet article.

(2) V. *supra*, n. 1224.

(3) Art. 707.

l'égard de tous. Art. 1143, al. 1. Cette décision est-elle en harmonie avec la nature de la confusion qui, à proprement parler, n'éteint pas la dette, mais paralyse simplement la poursuite dans la mesure où l'exercice de celle-ci devient impossible ? Il est permis d'en douter. La règle posée par le Code civil français nous paraît plus rationnelle.

Il nous faut relever aussi dans le Code civil italien deux innovations importantes : d'abord la disposition de l'art. 1195, qui modifie en ces termes celle de notre art. 1210 : « Le créancier qui consent à la division de la dette en faveur d'un des codébiteurs conserve son action solidaire contre les autres *pour la créance entière* » (1). Cette modification, qui a pour conséquence de laisser à la solidarité sa portée naturelle, donne satisfaction aux critiques dirigées contre la solution consacrée par la loi française (2). D'autre part, le Code civil italien décide que : « Le débiteur solidaire ne peut invoquer la compensation de ce qui est dû par le créancier à son codébiteur, que jusqu'à concurrence de la part de ce même codébiteur ». Art. 1290, al. 2 (3). Il est difficile de justifier cette disposition (4). C'est seulement dans les rapports des codébiteurs entre eux que la dette se divise. Si l'on reconnaît aux coobligés du débiteur qui est devenu créancier le droit d'opposer la compensation, ils doivent logiquement pouvoir invoquer celle-ci pour le tout (5).

1308. Le second système réduit, au contraire, le nombre des effets de la solidarité. C'est dans le Code civil allemand

(1) Traduct. Orsier, p. 255. — Même décision dans l'avant-projet de C. civ. belge, par M. Laurent : « Le créancier, qui fait remise à l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres; le débiteur déchargé reste débiteur de sa part, et il est tenu des suites de l'insolvabilité de ses codébiteurs ». Art. 1211. V. IV, p. 194. Pour la justification, v., sous cet article, n. 3.

(2) V. *supra*, n. 1281.

(3) V. traduct. Orsier, p. 271. — Même disposition dans le C. civ. des trib. mixtes d'Egypte, art. 265. — On a vu que le C. civ. japonais se prononce également en ce sens. V. *supra*, p. 395, note continuée.

(4) V. *supra*, n. 1250.

(5) Voilà pourquoi M. Laurent propose, dans l'avant-projet de C. civ. belge, cette disposition : « Le débiteur solidaire peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur ». Art. 1294, al. 2. V. IV, p. 261. Pour la justification, v., sous cet article, le n. 3.

que nous en trouvons l'expression la plus complète. Aux termes de l'alinéa 1er de l'art. 425, les faits autres que le paiement, la dation en paiement, la consignation et la compensation opposée par le débiteur qui est devenu créancier du créancier commun, « n'ont d'effet que pour et contre le débiteur solidaire du chef duquel ils surviennent ». Et, pour plus de précision, le second alinéa du même article ajoute : « Cette règle s'applique spécialement à la notification, *à la demeure, à la faute,* à l'impossibilité de la prestation dans le chef d'un débiteur solidaire, à la prescription, *à l'interruption* et à la suspension de la prescription, à la confusion et *à la chose jugée* » (1). Cette disposition exclut la plupart des effets que les autres législations reconnaissent à la solidarité, notamment ceux qui sont consacrés par nos art. 1205, 1206 et 1207. Ainsi, au cas où la chose due périt par la faute ou pendant la demeure d'un débiteur solidaire, les coobligés ne doivent ni sa valeur, ni des dommages-intérêts ; la mise en demeure de l'un des codébiteurs ne fait pas courir les intérêts moratoires contre les autres ; enfin l'acte qui interrompt la prescription à l'égard d'un débiteur solidaire n'a qu'un effet relatif. En résumé, le Code civil allemand relâche le lien de la solidarité passive et supprime la représentation réciproque des codébiteurs (2).

Mais, d'un autre côté, ainsi que nous avons eu déjà l'occasion de le faire observer en passant, il multiplie les cas de solidarité. Il décide, en premier lieu, que lorsque plusieurs personnes sont obligées en vertu d'un même contrat, elles sont réputées débiteurs solidaires. Art. 427 (3). Il établit aussi, comme nous l'avons exposé, la solidarité entre cohéritiers quant aux dettes de la succession. Art. 2058 (4). Au surplus, s'il multiplie les cas de solidarité, c'est précisément

(1) Traduct. de Meulenaere, p. 115.

(2) Aux termes de l'art. 423 : « La remise convenue entre le créancier et un débiteur solidaire profite aux autres débiteurs, *lorsque les contractants ont voulu éteindre l'obligation en totalité* ». Même traduct., *loc. cit.* Il résulte de cette restriction que le code de 1896 a consacré la solution opposée à celle qui a été admise par notre art. 1285. En cela, il a eu certainement raison.

(3) V. *supra*, n. 1176.

(4) V. *supra*, n. 1200.

parce qu'il relâche le lien solidaire. Les deux solutions sont corrélatives.

Le Code fédéral des obligations avait déjà consacré le même système, sans aller toutefois aussi loin. L'art. 165 pose un principe général qui domine toute la réglementation des effets de la solidarité passive : « L'un des débiteurs solidaires ne peut pas aggraver par son fait personnel la position des autres ». Cette disposition exclut les conséquences rigoureuses de la représentation réciproque des codébiteurs solidaires. Ainsi, nonobstant le silence du Code fédéral sur ce point spécial, l'interpellation adressée à l'un des codébiteurs ne fait pas courir les intérêts à l'égard des autres (1).

Logiquement le législateur suisse aurait dû admettre aussi que l'interruption de prescription dirigée contre un débiteur solidaire n'a pas d'effet à l'égard de ses coobligés. Cependant il dispose formellement en sens inverse. Art. 155. Il a voulu éviter ainsi l'augmentation des frais qui aurait été la conséquence d'actes multiples et qui aurait eu pour effet de retourner contre les codébiteurs le principe posé en leur faveur dans l'art. 165 (2).

Mais que faut-il décider dans l'hypothèse où la chose due périt par la faute ou pendant la demeure d'un débiteur solidaire ? Sur cette question aussi le Code fédéral garde le silence. D'après M. Virgile Rossel, les coobligés resteraient « *complètement* tenus » envers le créancier, sauf leur recours contre le débiteur en faute ou en demeure, quant aux dommages-intérêts, qu'ils seraient condamnés à payer en sus de la valeur de l'objet de l'obligation (3). Donc, si l'on compare sur ce point le Code fédéral au Code civil français, le premier aggraverait sensiblement la situation des coobligés. A notre avis, c'est inexact. Non seulement le Code fédéral n'a pas rendu cette situation plus rigoureuse, mais il l'a beaucoup améliorée, en ce sens que les coobligés ne doivent même pas le prix de la chose périe (4). Telle nous paraît être la consé-

(1) Virgile Rossel, *Man. du dr. féd. des oblig.*, n. 199, p. 215.

(2) Virgile Rossel, *op. cit.*, n. 192 *in fine*, p. 212.

(3) Virgile Rossel, *op.* et *loc. cit.*

(4) Roger Thisse, *Etude comparée sur l'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité* (Thèse pour le doctorat. Montpellier, 1895), p. 228.

quence nécessaire du principe de l'art. 165. Si la faute ou la demeure d'un débiteur solidaire pouvait motiver contre les autres une condamnation à des dommages-intérêts, il est évident que le fait personnel de ce débiteur nuirait à ses coobligés. Mais il en serait ainsi par cela seul que cette faute ou cette demeure engendrerait à la charge de ces derniers une dette portant sur la valeur de la chose périe. Il n'est point indifférent pour eux que l'objet de l'obligation soit changé.

Nous devons, d'ailleurs, reproduire ici la remarque faite plus haut pour le Code civil allemand : si, d'une part, la législation fédérale suisse diminue les effets de la solidarité passive, d'autre part, elle en multiplie les cas. Déjà, dans le Code fédéral des obligations, se trouvent certaines applications de cette solidarité qui n'avaient pas été faites par les autres législations. Après avoir, dans son al. 1er, établi, comme le fait le Code civil français, la solidarité entre comandants, l'art. 401 ajoute dans son al. 2 : « Quand plusieurs personnes ont accepté conjointement un mandat, elles sont tenues solidairement de l'exécution de ce mandat ». Et, d'après l'art. 481 : « Lorsque plusieurs personnes ont reçu le dépôt conjointement, elles sont solidaires ». Mais l'avant-projet de Code civil suisse renferme, dans le même ordre d'idées, une disposition d'un intérêt beaucoup plus général. Cette disposition, que nous avons déjà signalée (1), établit la solidarité entre cohéritiers pour les dettes successorales (2).

Toutefois, à la différence du Code civil allemand, le Code fédéral des obligations ne présume pas la solidarité entre personnes qui se sont engagées conjointement. Cette disposition existait pourtant dans le Code civil du canton d'Argovie (3) et dans celui du canton de Lucerne (4).

(1) V. *supra*, n. 1200.

(2) Rappelons que cette disposition se trouve également dans les Codes civils des cantons de Fribourg, des Grisons, de Glaris et de Zurich.

(3) « Il y a solidarité dans l'obligation contractée conjointement par plusieurs parties envers un tiers. — Dans ce cas, la solidarité se présume ; il faut stipuler le contraire pour qu'elle n'existe pas ». Art. 636. Anthoine de Saint-Joseph, *op. cit.*, III, p. 571.

(4) « Si plusieurs personnes se sont engagées envers un tiers dans un seul et

La diminution du nombre des effets de la solidarité, diminution que nous avons notée dans la législation suisse et surtout dans la législation allemande, a cette importante conséquence que, sous l'empire de ces législations, il ne saurait être question de distinguer une solidarité parfaite et une solidarité imparfaite. Du moment qu'on exclut les effets pour l'explication desquels on recourt à l'idée d'une société entre les codébiteurs et d'un mandat réciproque, il n'y a plus de raison pour que la solidarité légale n'ait pas exactement la même portée que la solidarité établie par la volonté de l'homme (1).

1309. Il est naturel, comme nous l'avons fait observer, que les mêmes Codes relâchent le lien solidaire et instituent de nouveaux cas de solidarité. Mais il est quelques législations qui, sous l'empire de considérations particulières, ont élargi d'une façon très appréciable le domaine de la solidarité, bien qu'elles n'aient pas diminué les effets de celle-ci, ou même bien qu'elles les aient augmentés.

Si, en général, le droit anglais admet, dans notre matière, les mêmes solutions que le Code civil français, il décide, néanmoins, que, lorsque plusieurs personnes se sont engagées conjointement, il faut, en l'absence de clause contraire, présumer qu'il y a obligation solidaire (2). C'est, nous l'avons dit, la disposition du Code civil allemand. C'était également celle du Code prussien de 1794 (3). On ne saurait s'étonner de ce que la même solution a trouvé faveur chez les Anglais, dont les mœurs appellent nécessairement le développement du crédit.

Nous ferons une constatation analogue en ce qui regarde le Code civil espagnol. Ce code, qui a, cependant, le plus renforcé la solidarité, l'établit, ainsi qu'on l'a vu (4), entre cohé-

même contrat, il est présumé, à moins de stipulation contraire, qu'il y a obligation solidaire de leur part envers ce tiers ». Art. 535. Antoine de Saint-Joseph, *op. cit.*, III, p. 233.

(1) V. *supra*, n. 1292 s.

(2) Anthoine de Saint-Joseph, *op. cit.*, II, p. 260, col. 1 ; Glasson, *Hist. du dr. et des instit. polit., civ. et judic. de l'Angleterre*, VI, p. 375.

(3) V. *supra*, n. 1176.

(4) V. *supra*, n. 1200.

ritiers, quant aux dettes de la succession. C'est qu'il a pris en considération les inconvénients pratiques de la division de ces dettes, les complications et les frais qu'entraîne la nécessité pour le créancier de poursuivre tous les cohéritiers.

Mais, nous le répétons, les solutions que nous venons de relever dans les législations anglaise et espagnole, s'expliquent seulement par des raisons spéciales et ne sont pas, comme dans les législations suisse et allemande, les éléments naturels d'un système général.

1310. Le Code général des biens pour la principauté de Monténégro est beaucoup plus bref que le Code civil français sur la matière de la solidarité passive [1]. Cependant il résout en ces termes une question qui n'est pas spécialement prévue par notre législateur : « Quand le créancier réclame son paiement à l'un des débiteurs solidaires, celui-ci peut exiger des autres le paiement de leurs parts, *à condition que l'exercice de ce droit n'entraîne aucun retard dans le paiement ni aucun préjudice pour le créancier*. Chacun des autres débiteurs, toutefois, a le droit de payer directement sa part au créancier, ou, si celui-ci ne veut pas la recevoir, d'en faire le dépôt au tribunal ; mais, en usant de cette faculté, il ne s'affranchit pas des conséquences de la solidarité ». Art. 557 [2]. Ainsi le débiteur poursuivi ne peut, avant le paiement, demander aux autres le montant de leurs parts que si l'exécution de l'obligation ne s'en trouve pas différée. Cela suppose que le débiteur actionné n'a pas le droit d'obtenir un délai pour mettre en cause ses coobligés. Cette solution est une conséquence normale du principe de la solidarité : au point de vue du paiement, chaque débiteur solidaire est dans la même situation que s'il était débiteur unique. Il ne saurait donc, sur les poursuites exercées contre lui par le créancier, obtenir un délai pour appeler dans l'instance les autres débiteurs [3].

[1] Ce code ne vise pas spécialement les hypothèses sur lesquelles notre législateur a statué dans les art. 1205, 1206 et 1207. Il faut donc, pour déterminer les solutions qu'elles comportent, s'inspirer des principes généraux.

[2] Traduct. Rodolphe Dareste et Albert Rivière, p. 148.

[3] Aussi M. Laurent a-t-il inséré, dans l'avant-projet de Code civil belge, une disposition ainsi conçue : « Le débiteur poursuivi ne peut pas demander que... ses codébiteurs soient mis en cause, même pour faire statuer sur le recours qu'il aura

Nous estimons, il est vrai, que la solution contraire doit être admise sous l'empire de notre législation, mais c'est à raison de la disposition de l'art. 175 C. pr. civ., disposition qui est conçue en termes généraux et qu'il faut combiner avec le principe de la solidarité (1).

1311. Le législateur italien, comblant la lacune que présente à cet égard le Code civil français, décide que, si un délit ou un quasi-délit « est imputable à plusieurs personnes, elles sont tenues *solidairement* du dommage causé ». Art. 1156 (2). Cette disposition est applicable, dit M. Giorgi, « toutes les fois que le fait dommageable est unique et a pour cause une délibération prise en commun ou le concours matériel de plusieurs auteurs » (3). La loi n'exige donc pas qu'il soit impossible de déterminer la part de chacun des coauteurs dans le préjudice éprouvé par la victime du fait illicite (4). Le Code civil allemand pose le même principe dans des termes équivalents (5). Tel est aussi le cas du Code fédéral des obligations (6), du Code général des biens pour la principauté de Monténégro (7), du Code civil japonais (8). Toutefois, ces trois derniers Codes disent formellement qu'au point de vue de la solidarité, l'instigateur et le complice doivent être assimilés à l'auteur principal (9).

contre eux ». Art. 1206, al. 2, V. IV, p. 190, et pour la justification, voir, sous cet article, le n. 3.

(1) V. *supra*, n. 1204.

(2) Traduct. Orsier, p. 248.

(3) *Op. cit.*, 4e édit., I, n. 132, p. 140.

(4) La jurisprudence française, au contraire, ainsi qu'on l'a vu, considère généralement cette dernière condition comme essentielle. V. *supra*, 1303-1304.

(5) « Lorsque plusieurs sont responsables conjointement du dommage résultant d'une action illicite, ils sont tenus... comme débiteurs solidaires ». Art. 840, al. 1. Traduct. de Meulenaere, p. 224.

(6) « Lorsque plusieurs individus ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer... » Art. 60, al. 1 *in princ.*

(7) « Lorsqu'il y a eu plusieurs auteurs du dommage, tous en sont solidairement responsables... » Art. 572 *in princ.* Traduct. Rodolphe Dareste et Albert Rivière, p. 152.

(8) « Lorsque plusieurs personnes ont causé un dommage à une autre par un acte illicite commis en commun, elles sont tenues solidairement à la réparation de ce dommage. Il en est de même lorsqu'il est impossible de reconnaître lequel des coauteurs de l'acte a causé le dommage... » Traduct. Motono et Tomii, p. 170.

(9) «... Sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et

Mais, parmi les divers codes que nous venons de citer, deux seulement s'expliquent sur la question de savoir si le coauteur qui a payé le total de l'indemnité a un recours contre les autres. On sait qu'en l'absence d'un texte formel, ce problème est assez délicat, sinon en équité, du moins en droit [1]. Le Code fédéral des obligations déclare laisser aux tribunaux le soin de résoudre la difficulté, et, par suite, il fait de celle-ci une question de fait. « C'est au juge qu'il appartient d'apprécier si et dans quelles limites celui qui a payé doit pouvoir exercer un recours contre ses coobligés ». Art. 60, al. 2. Le Code général des biens pour la principauté de Monténégro distingue : « Quand l'une des personnes responsables par suite de la solidarité, dit-il, contribue au-delà de sa part à la réparation du dommage, elle peut demander aux autres de l'indemniser, si elle a agi sans intention. Lorsque, au contraire, elle a agi avec intention, elle ne peut obtenir cette indemnité que si le tribunal, pour des raisons particulières, juge à propos de la lui accorder. Dans le cas contraire, chacun des coauteurs qui a agi de mauvaise foi est tenu de verser la part qui lui incombe dans la caisse de l'église du lieu où a été commis le fait illicite, au lieu de la remettre à celui qui a payé ». Art. 573 [2].

A notre avis, ni la disposition du Code fédéral, ni celle du Code monténégrin ne sont satisfaisantes. On s'explique, sans doute, que la loi donne aux tribunaux, ainsi que le fait lo Code fédéral, le pouvoir de déterminer l'étendue du recours,

le complice »... « Le fauteur du délit perpétré n'est tenu du dommage qu'autant qu'il a reçu une part du gain ou causé un préjudice par le fait de sa coopération ». *C. fédér. des oblig.*, art. 60, al. 1 *in fine* et al. 3. — « L'instigateur et le complice sont considérés comme coauteurs ». C. civ. jap., art. 719. Même traduct. — «... Sans qu'il y ait lieu de distinguer parmi eux celui qui a inspiré l'idée, celui qui a commencé, celui qui a dirigé, celui qui a exécuté, celui qui a prêté son aide. — D'autre part, celui qui, après l'accomplissement de l'acte illicite qui a causé le dommage, a procuré ou favorisé le recel des coupables, ou qui s'est appliqué, par un moyen quelconque et dans son propre intérêt, à empêcher la victime d'obtenir la réparation du dommage ou à rendre cette réparation difficile, sera responsable solidairement avec l'auteur ou les auteurs du dommage ». *C. gén. des biens pour la princ. de Monté.*, art. 572, al. 1 *in fine* et al. 2. Même traduct.

(1) V. *supra*, n. 1305.

(2) Traduct. Rodolphe Dareste et Albert Rivière, p. 153.

car il est possible que, d'après les constatations du juge, les coauteurs aient participé inégalement à la réalisation du dommage, et, dans ce cas, il est juste qu'ils supportent dans le paiement de l'indemnité des parts supérieures ou inférieures à leurs portions viriles. Mais le législateur suisse est allé trop loin, nous semble-t-il, en reconnaissant aux tribunaux le droit de refuser tout recours et de faire peser ainsi toute la charge de l'indemnité sur un seul des coauteurs. Puisque, par hypothèse, tous les défendeurs ont concouru à la réalisation du préjudice, ils doivent tous contribuer à la réparation, proportionnellement à leurs responsabilités respectives. Il est vrai qu'au point de vue pratique la question de savoir s'il convenait d'écrire la disposition du Code fédéral ne présente guère d'intérêt. Le droit de fixer la mesure du recours implique nécessairement la faculté, sinon de refuser celui-ci, du moins de le rendre illusoire. Le juge qui serait simplement investi du pouvoir de limiter le recours, aurait par là-même le moyen de l'annihiler en fixant une quotité minime.

Le principe de la distinction faite par le Code monténégrin est, nous le reconnaissons, fort acceptable en lui-même. On comprend très bien que le droit au recours soit subordonné à cette condition que le coauteur qui a payé n'ait pas causé intentionnellement le dommage. On comprend aussi que, dans l'hypothèse contraire, le juge ait le pouvoir d'accorder ou de refuser le recours suivant la gravité des circonstances sauf, toutefois, l'obligation pour les autres coauteurs de s'acquitter en des mains tierces. Mais pourquoi ceux-ci, lorsque le juge refuse le recours, ne sont-ils tenus de payer que le montant de leurs parts, tandis que leur coobligé a dû, sur les poursuites du créancier, payer l'indemnité entière? Il résulte de cette disposition qu'il dépend du caprice du créancier de faire sans raison à l'un des coauteurs une situation particulièrement rigoureuse. Logiquement, il eût fallu, au moins en principe, que tous ces derniers fussent traités de la même façon et qu'en l'absence de recours, chacun de ceux qui n'auraient pas indemnisé la victime du dommage fût tenu de verser, dans une caisse déterminée par la loi, une somme égale au montant intégral de l'indemnité.

SECTION V

DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES

1312. Entre toutes les matières juridiques, celle de la divisibilité et de l'indivisibilité a toujours passé pour l'une des plus difficiles et des plus obscures. C'était bien sans doute l'idée de Dumoulin, quand il intitulait le traité spécial qu'il a écrit sur ce sujet : *Extricatio labyrinthi dividui et individui.* Continuant dans l'intérieur de l'ouvrage l'image qu'il fait figurer au frontispice, Dumoulin indique sous le nom de *fils* ou *clés* les diverses règles qui doivent servir à guider le lecteur dans ce dédale. Malgré ou peut-être à cause de ces nombreux fils, on se perd facilement dans ce labyrinthe. Deux cents ans plus tard, Pothier vint rendre cette matière un peu plus accessible en résumant dans quelques pages le volumineux traité de Dumoulin. C'est à cette source que notre législateur a puisé les art. **1217** à **1225**, qui composent notre section.

Indiquons tout d'abord en quelques mots, et sauf à y revenir plus tard, quel est l'intérêt du sujet que nous allons traiter. Entre le créancier et le débiteur, il importe assez peu de savoir si l'obligation est divisible ou indivisible. En effet, dans leurs rapports respectifs, l'obligation susceptible de division doit être exécutée comme si elle était indivisible. Art. **1220**. Ainsi le débiteur d'une somme d'argent ne peut pas forcer son créancier à recevoir un paiement partiel (art. **1224** al. **1**), et cependant une obligation, ayant pour objet une somme d'argent, est essentiellement divisible, c'est-à-dire susceptible d'être prestée par fractions. Quand donc apparaît l'intérêt de la question? Il se présente principalement lorsque le créancier ou le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers. Il sera très intéressant, en pareil cas, de savoir si l'obligation est divisible ou si elle ne l'est pas. Est-elle divisible? elle se divisera de plein droit entre les héritiers du débiteur ou entre ceux du créancier, de sorte que chaque héritier du débiteur ou du créancier ne pourra être tenu de payer la dette ou n'aura le droit d'en exiger le paie-

ment que dans la mesure de sa part héréditaire. Au contraire, si l'obligation est indivisible, elle ne se divisera ni activement, ni passivement; un seul des héritiers du débiteur pourra être forcé de payer le total, de même qu'un seul des héritiers du créancier pourra exiger le paiement intégral.

L'intérêt de notre sujet étant ainsi délimité, entrons dans les détails.

§ 1. *Des caractères de l'obligation divisible et de ceux de l'obligation indivisible.*

1313. Les caractères de la divisibilité ou de l'indivisibilité ne sont pas toujours les mêmes. C'est ce qui résulte des termes de l'art. 1217 : « *L'obligation est divisible ou indivisible, selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle* ».

Ainsi, pour qu'une obligation soit divisible, il n'est pas nécessaire qu'il y ait, en ce qui concerne son objet, possibilité de division matérielle ou physique. La division que l'on qualifie de la sorte est celle qui suppose la réalisation, dans un corps, d'une ou de plusieurs solutions de continuité. La chose à laquelle on l'applique perd nécessairement son individualité. Cette espèce de division entraîne donc la destruction de la chose divisée. La division physique d'une maison, par exemple, s'opère par la démolition de celle-ci. Mais l'obligation est divisible par cela seul qu'il peut y avoir division civile de son objet. Cette dernière division laisse subsister la forme et l'unité de la chose. Elle peut, d'ailleurs, se produire de deux façons : d'abord par la détermination de parties réelles. Il en est ainsi lorsqu'on divise une pièce de terre en y plaçant des bornes. Mais il y a aussi division civile lorsqu'une chose, par exemple une maison, échoit à plusieurs héritiers. Ici la division résulte de ce fait qu'on distingue des parties intellectuelles, c'est-à-dire des parts indivises. Elle suppose uniquement la coexistence de deux ou plusieurs droits de même nature sur la totalité d'une

chose. A proprement parler, ce n'est pas la chose, mais le droit qui est divisible intellectuellement. C'est surtout cette dernière espèce de division que le législateur a en vue dans les dispositions que nous étudions.

1314. L'indivisibilité d'une obligation n'a pas toujours la même cause. Se plaçant à ce point de vue, Dumoulin distinguait l'indivisibilité *nécessaire,* l'indivisibilité *naturelle* et l'indivisibilité *accidentelle* (1).

L'indivisibilité est *nécessaire* ou absolue quand il est impossible d'envisager la prestation sous un rapport tel qu'elle soit divisible. Pour cette indivisibilité, Dumoulin et Pothier donnent toujours le même exemple, l'obligation de constituer une servitude réelle, notamment une servitude de passage. Cette obligation est essentiellement indivisible. La volonté des parties ne saurait donc lui attribuer le caractère opposé. Il en est de même de certaines obligations de faire ou de ne pas faire, par exemple l'obligation de faire ou de ne pas faire un voyage, celle de ne pas troubler quelqu'un dans la possession d'une chose. Mais il n'est point vrai que toutes les obligations de faire ou de ne pas faire soient indivisibles.

L'indivisibilité *naturelle* ou relative suppose que la chose, objet de la prestation, quoique divisible en elle-même, a été envisagée par les parties sous un rapport tel que l'obligation est indivisible. Cette indivisibilité tient donc à ce fait que la chose a été considérée comme un tout ayant une forme propre. Ici, l'exemple classique est l'obligation de construire une maison. Sans doute, on aurait pu traiter avec un ouvrier pour la maçonnerie, avec un autre pour la charpente, avec un troisième pour la peinture, etc... Sans doute aussi, par la force des choses, la construction d'une maison ne saurait s'effectuer que successivement et par parties. Mais, dans notre hypothèse, ce qui a été stipulé, c'est une maison à construire, donc un ensemble d'éléments combinés de manière à présenter une certaine forme caractéristique. Or, tant que la construction ne sera pas achevée, cette forme ne sera pas

(1) « Quædam *necessaria*, quædam *naturalis*, quædam *accidentalis* ». Tract. div. et indiv., part. III, n. 75.

réalisée, la chose promise n'existera pas, et, par conséquent, l'obligation ne sera pas exécutée.

Enfin il y a indivisibilité *accidentelle* ou conventionnelle lorsque, d'après l'intention des parties, le paiement doit être fait comme si l'obligation était indivisible, bien que l'objet de celle-ci soit divisible à tous les points de vue. Cette indivisibilité n'affecte donc pas l'obligation même, mais seulement l'exécution.

1315. En principe, Pothier a suivi cette doctrine. Nous devons cependant faire une observation.

Outre la distinction que nous venons de reproduire et qui est fondée sur la diversité des causes de l'indivisibilité, Dumoulin adoptait une classification, également tripartite, qui avait pour base, non plus les causes de l'indivisibilité, mais bien ses effets. Les trois espèces d'indivisibilité qui figuraient dans cette classification, étaient l'*individuitas contractu,* l'*individuitas obligatione* et l'*individuitas solutione*. Il y a indivisibilité *contractu* lorsque la prestation, objet de l'obligation, est indivisible à tous égards, et que, par suite, elle ne peut, quel que soit le contrat, être stipulée pour parties. Il y a indivisibilité *obligatione* lorsque la prestation, qui est divisible en soi, a été considérée, dans l'obligation, comme indivisible. Enfin, il y a indivisibilité *solutione* lorsque la prestation n'étant indivisible à aucun point de vue, l'obligation est divisible, mais que, cependant, les parties ont stipulé l'indivisibilité du paiement [1]. Or Pothier, quand il prétend exposer la théorie de Dumoulin, ne distingue pas les deux classifications et transporte dans la première, c'est-à-dire dans celle qui est fondée sur la différence de la cause, la terminologie de la seconde, c'est-à-dire de celle qui est fondée sur la différence des effets. On lit dans son *Traité des obligations,* que Dumoulin qualifiait l'indivisibilité nécessaire d'*individuum contractu,* l'indivisibilité naturelle d'*individuum obligatione,* l'indivisibilité accidentelle d'*individuum solutione* [2].

[1] Dumoulin, *op. cit.*, III, 75, 57-58; II, 241.
[2] *Oblig.*, n. 292-294 (édit. Dupin, I, p. 158-159).

Est-il vrai que Pothier, comme le dit M. Planiol, ait ainsi « obscurci » la théorie de l'indivisibilité en appliquant à l'indivisibilité elle-même une distinction qui devait simplement, dans l'esprit de Dumoulin, fournir une classification des effets de l'indivisibilité [1]? A nos yeux, il ne mérite pas ce reproche. La seconde division de Dumoulin concorde absolument avec la première, ou plutôt elle n'en est que la répétition, bien que les expressions soient différentes. Il n'est pas douteux que l'indivisibilité nécessaire se confond absolument avec l'*individuitas contractu*. Il est également certain que l'*individuitas obligatione* est tout simplement l'indivisibilité naturelle envisagée au point de vue de son effet. Enfin l'*individuitas solutione* n'est pas autre chose que l'indivisibilité accidentelle considérée sous le même aspect. Bien loin d'estimer que Pothier a obscurci la théorie de l'indivisibilité en fondant ensemble les deux classifications, nous croyons qu'il l'a avantageusement simplifiée. Ainsi que le reconnaît M. Planiol lui-même, la seconde division n'a pas raison d'être, du moins quant à l'*individuitas contractu* et à l'*individuitas obligatione*, l'une et l'autre produisant les mêmes effets : « On pouvait distinguer ces deux sortes d'indivisibilité au point de vue de leurs sources, dit cet auteur, mais, quand elles existent, leurs effets sont les mêmes » [2]. Mais alors pourquoi introduire dans l'exposé de la matière une division qui manque de base? Au surplus, les expressions mêmes *individuitas contractu, individuitas obligatione* paraissent bien faire allusion à la cause de l'indivisibilité et non point à ses effets [3].

[1] « Depuis Pothier, la théorie de l'indivisibilité est inutilement obscurcie, parce qu'on a transposé, pour l'appliquer à l'indivisibilité elle-même, une division que Dumoulin avait faite pour classer les effets de l'indivisibilité. Il avait bien pris soin de prévenir ses lecteurs ; « Hæc non est divisio in species, ut imperiti putant, sed methodica distinctio ad secundum ubi plus aut minus sit individuitatis » (III, 75). Il disait ailleurs *que sa première division concernait le fond des choses :* « substantiam ipsam concernens », *tandis que la seconde n'avait trait qu'aux effets :* « Secunda magis effectum.. respiciens » (III, 57). Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, II, p. 247, note 1.

[2] Planiol, *op. cit.*, II, n. 836, p. 248.

[3] « Il y a indivisibilité *obligatione*, quoiqu'on puisse concevoir que la chose soit divisée et fasse l'objet de contrats séparés,.... *lorsque la chose a été stipulée en bloc* pour former l'objet indivisible du contrat : « Individua obligatione (sunt) quæ

Elles étaient donc déplacées dans une classification qui repose sur la diversité de ces derniers, et il était naturel de les transposer dans celle qui est fondée sur la distinction des sources. Quant à l'indivisibilité accidentelle ou conventionnelle, il n'y a aucun inconvénient à indiquer immédiatement qu'on peut la qualifier aussi d'indivisibilité *solutione :* on ne saurait, en effet, la définir sans faire savoir qu'elle affecte seulement l'exécution (1).

En résumé, nous ne voyons pas quel avantage il pourrait y avoir à distinguer les deux divisions faites par Dumoulin. Cela ne faciliterait ni l'interprétation des dispositions du Code civil, ni même l'élaboration d'une théorie générale de l'indivisibilité. Nous croyons qu'il y aurait là une complication inutile.

1316. Il nous faut déterminer l'effet que Dumoulin et Pothier attachent à l'indivisibilité accidentelle ou indivisibilité *solutione*. D'après eux, cet effet n'est relatif qu'au paiement ; il est étranger à la poursuite. L'un des héritiers ne peut pas offrir au créancier ni le contraindre à recevoir sa part dans la dette. Mais le créancier ne peut mettre les héritiers en demeure pour le total qu'en formant la demande contre tous. Ainsi chaque héritier ne saurait être poursuivi ni constitué en demeure que pour sa part. C'est qu'en effet, il ne doit point le total, car, nonobstant l'indivisibilité *solutione,* l'obligation, considérée en soi, est divisible (2).

Mais Dumoulin estime que le paiement partiel, alors même que le créancier l'a accepté, ne libère pas l'héritier qui l'a fait (3). Pothier ne reproduit pas cette proposition en termes généraux et comme indiquant un caractère commun à tous les cas d'indivisibilité *solutione ;* il l'applique seulement aux

in contractum quidem divisim seu pro parte deduci possunt, sed *semel in obligationem deducta* nequeunt pro parte præstari ». Planiol, *op. cit.*, II, n. 834-2°.

(1) « L'indivisibilité est conventionnelle, dit notamment M. Planiol, lorsque la chose qui fait l'objet de l'obligation est à tous égards indivisible, mais que les parties ont voulu *que l'obligation fût exécutée comme si elle était indivisible* ». *Op. cit.*, II, n. 822. Cette définition ne nous apprend-elle pas, par la force des choses, que, dans le cas prévu, l'indivisibilité se produit seulement *solutione ?*

(2) Dumoulin, *op. cit.*, part. II, n. 242 ; Pothier, *Oblig.*, n. 317 (même édit., I, p. 173).

(3) *Op. cit.*, part. II, n. 244.

obligations alternatives et aux obligations de choses indéterminées (1).

Dumoulin enseigne, d'autre part, que cette indivisibilité peut exister aussi bien entre les héritiers du créancier qu'entre ceux du débiteur (2), et Pothier se prononce dans le même sens, relativement du moins aux obligations de genre et aux obligations alternatives (3).

1317. Le Code a prévu les trois espèces d'indivisibilité qui sont énumérées par Pothier à la suite de Dumoulin. L'indivisibilité absolue est définie en ces termes par l'art. **1217** : « *L'obligation est..... indivisible* [quand] *elle a pour objet une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution.... n'est pas susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle* ». L'art. **1218** est relatif à l'indivisibilité naturelle. Il est ainsi conçu : « *L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature ; si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle* ». Enfin les cas où, d'après Dumoulin, il y avait indivisibilité accidentelle, sont visés par le législateur lorsqu'il s'exprime ainsi, dans l'art. **1221** : « *Le principe établi dans l'article précédent* (le principe de la divisibilité) *reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur : 1°...5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement* » (4).

(1) En ce qui concerne les dettes alternatives ou de choses indéterminées, Pothier s'exprime ainsi : « Quand même le créancier aurait volontairement reçu la moitié de l'une des deux choses, *puta* la moitié de la somme, ce paiement ne recevra sa perfection, même pour cette moitié, que lorsqu'on lui aura payé l'autre moitié ». *Oblig.*, n. 313 (même édit., I, p. 170). — Mais au n. 317 de son ouvrage (même édit., I, p. 173), où Pothier détermine à un point de vue général les effets de l'indivisibilité *solutione*, il dit simplement que le créancier n'est pas tenu de recevoir un paiement partiel.

(2) *Op. cit.*, part. II, n. 130.

(3) *Oblig.*, n. 313, al. 3 (même édit., I, p. 171).

(4) Pothier énumère les divers cas indiqués aujourd'hui dans l'art. 1221. *Oblig.*, n. 313-316. Mais il paraît ne voir d'indivisibilité *solutione* que dans ceux de ces cas où tous les héritiers du débiteur sont tenus du paiement pour le total, c'est-à-dire où aucun d'entre eux n'est admis à offrir au créancier le paiement de sa part.

Mais nous devons ici faire trois observations : d'abord, la formule que l'on trouve à la fin de l'art. 1221-5° est exacte. Il y a, en effet, indivisibilité accidentelle lorsque les contractants ont voulu que la dette « *ne pût,* comme le dit le législateur, *s'acquitter partiellement* ». Mais la rédaction de la fin de l'art. 1218 est, au contraire, fort défectueuse. Il ne fallait pas dire, à propos de l'indivisibilité naturelle, que l'obligation est indivisible si le rapport sous lequel la chose est envisagée dans l'obligation « ne la rend pas susceptible *d'exécution partielle* ». Ces dernières expressions semblent avoir le même sens que celles par nous soulignées dans l'art. 1221, et elles sont, par conséquent, de nature à faire naître une confusion entre l'indivisibilité naturelle et l'indivisibilité accidentelle. Il fallait dire : « *ne la rend pas divisible* », ou mieux : « *la rend indivisible* » (1).

Voici notre seconde remarque : aux yeux du législateur l'indivisibilité que Dumoulin appelle accidentelle et que Pothier qualifiait d'*individuum solutione tantum,* ne constitue pas une véritable indivisibilité, car elle ne rend pas l'obligation indivisible. Les auteurs du Code, suivant l'exemple de Pothier (2), n'ont vu en elle qu'une exception aux effets des obligations indivisibles, et, en conséquence, ils en ont traité dans le paragraphe consacré à la détermination de ces effets. En quoi ils ont eu certainement raison.

Enfin, en ce qui concerne l'effet de l'indivisibilité *solutione,* le législateur a modifié à deux points de vue la doctrine de Dumoulin et de Pothier : d'abord, aujourd'hui, l'indivisibilité *solutione* ou, plutôt, l'exception au principe de la division a lieu seulement à l'égard des héritiers du débiteur; l'art. 1221 ne parle pas des héritiers du créancier. De plus, l'effet de cette exception n'est plus restreint au paiement : le créancier peut donc demander le total à chaque héritier du débiteur. Art. 1221 *in fine.*

(1) Cela explique et excuse dans une certaine mesure la confusion faite par certains auteurs entre l'indivisibilité *solutione* et l'indivisibilité *obligatione.* V. Toullier, VI, n. 702; Rodière, *op. cit.*, n. 333. — Sur l'indivisibilité *solutione,* voir Boistel, *De l'indivisibilité* solutione, *Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, XIV, 1868, p. 146-181.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 295, al. 3 et n. 316 (même édit., I, p. 158 et 172).

§ II. *Des effets de l'obligation divisible.*

1318. Nous connaissons déjà par anticipation la disposition de l'art. **1220**, ainsi conçu : « *L'obligation qui est susceptible* » *de division, doit être exécutée entre le créancier et le débi-* » *teur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'ap-* » *plication qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent* » *demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour* » *les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme* » *représentant le créancier ou le débiteur* ».

Ce texte ne règle pas une question de *contribution* entre les divers héritiers du débiteur ou du créancier, mais une question d'*obligation*. En d'autres termes, il ne s'agit pas de savoir quelle portion de la dette chaque héritier du débiteur doit supporter définitivement, mais bien quelle portion il doit payer, sur la poursuite du créancier; de même qu'en sens inverse, si c'est le créancier qui est décédé, il ne s'agit pas de savoir comment se répartira définitivement la créance entre ses divers héritiers, mais bien de quelle portion de cette créance chaque héritier du créancier pourra exiger le paiement. En un mot, la loi règle ici les rapports des héritiers de l'une des parties, non entre eux, mais à l'égard de l'autre partie.

Il peut arriver que le créancier et le débiteur soient morts l'un et l'autre avant que l'obligation ait reçu son exécution; alors, en supposant l'obligation divisible, la division légale s'opèrera des deux côtés, c'est-à-dire au point de vue actif et au point de vue passif tout à la fois. Ainsi, en supposant que le débiteur et le créancier soient morts, laissant, le premier deux héritiers pour portions égales, et le second trois, la dette se divisera par moitié entre les deux héritiers du débiteur, et la créance par tiers entre les héritiers du créancier; chaque héritier du créancier pourra donc demander à chaque héritier du débiteur un tiers de la moitié de la dette, c'est-à-dire un sixième [1].

[1] Nous avons déjà indiqué les divers effets de la division de l'obligation soit au point de vue actif, soit au point de vue passif. — V. *supra*, n. 1112 et 1113.

1319. La loi ne parle ici que du cas où la pluralité des sujets actifs ou des sujets passifs de l'obligation résulte du décès soit du créancier, soit du débiteur. On répète partout que ce qu'elle dit pour cette hypothèse devrait s'appliquer par analogie au cas où il y aurait dès l'origine pluralité de créanciers ou de débiteurs, la dette ayant été contractée conjointement par plusieurs ou envers plusieurs sans solidarité. Mais ce langage ne nous paraît pas tout à fait exact. Nous ne nions pas qu'en pareil cas l'obligation se divisera entre les divers créanciers ou les divers débiteurs, si elle est divisible; mais la division se fera en vertu de la volonté des parties, et non en vertu des dispositions de la loi; par conséquent elle pourra s'opérer par portions inégales entre les divers créanciers ou les divers débiteurs, si telle a été la volonté des parties. Au cas où rien ne viendrait révéler cette volonté, la division s'opèrerait naturellement par portions égales.

1320. Aux termes de l'art. 1221, il existerait cinq exceptions au principe de la division des dettes entre les héritiers du DÉBITEUR. « *Le principe établi dans l'article précédent reçoit* » *exception à l'égard des héritiers du débiteur,* — 1° *Dans le* » *cas où la dette est hypothécaire;* — 2° *Lorsqu'elle est d'un* » *corps certain;* — 3° *Lorsqu'il s'agit de la dette alternative* » *de choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible;* » — 4° *Lorsque l'un des héritiers est chargé seul par le titre,* » *de l'exécution de l'obligation*; — 5° *Lorsqu'il résulte, soit* » *de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait* » *l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat,* » *que l'intention des contractants a été que la dette ne pût* » *s'acquitter partiellement.* — *Dans les trois premiers cas,* » *l'héritier qui possède la chose due ou le fonds hypothéqué* » *à la dette, peut être poursuivi pour le tout sur la chose due* » *ou sur le fond hypothéqué, sauf le recours contre ses cohéri-* » *tiers. Dans le quatrième cas, l'héritier seul chargé de la* » *dette, et dans le cinquième cas, chaque héritier peut aussi* » *être poursuivi pour le tout; sauf son recours contre ses* » *cohéritiers* ».

Ce texte, remarquons-le tout de suite, laisse intact le principe de la division des créances entre les héritiers du créan-

cier. Cela résulte très positivement de la formule employée par l'alinéa 1, ainsi conçu : « *Le principe établi dans l'arti-* » *cle précédent reçoit exception à l'égard des héritiers du* » DÉBITEUR ». En d'autres termes, dans les hypothèses exceptionnelles réglées par l'art. 1221, un seul des héritiers du débiteur pourra, en cas de décès de celui-ci, être forcé d'exécuter intégralement l'obligation, bien qu'elle soit divisible ; mais, si, au contraire, c'est le créancier qui est mort laissant plusieurs héritiers, l'un d'entre eux n'aura pas le droit d'exiger toute l'exécution ; il ne pourra demander le paiement que pour sa part.

1321. Cela posé, étudions séparément chacun des cas prévus par l'art. 1221. Mais, comme deux d'entre eux ne contiennent pas de véritables exceptions à la règle de l'art. 1220, nous les rangerons dans une catégorie spéciale dont nous parlerons en premier lieu.

1322. *Prétendues exceptions.* — *a.* Il y aurait d'abord exception, d'après le législateur, quand il s'agit d'une dette hypothécaire. Cela est inexact, ainsi que le prouve l'explication même que Bigot-Préameneu a donnée de cette disposition et que voici : « Lorsque la dette est hypothécaire, il résulte de cette obligation une double action : l'action personnelle, *qui se divise entre les héritiers,* et l'action fondée sur l'hypothèque, par laquelle l'immeuble est devenu le gage indivisible dans quelque main qu'il se trouve » [1]. L'héritier qui possède le fonds hypothéqué, peut être poursuivi pour le tout sur ce fonds. Mais ce n'est là qu'une application de l'indivisibilité de l'hypothèque, et, par conséquent, il est tout simplement dans la situation où se trouverait n'importe quel autre détenteur. C'est seulement sur l'immeuble hypothéqué qu'il peut être poursuivi pour le total, et il pourrait, en délaissant, échapper à l'action pour le tout. L'indivisibilité de l'hypothèque n'entraîne point celle de la dette. Au surplus, le législateur le dit très nettement dans l'art. 2249, al. 2, ainsi conçu : « L'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire, ou la reconnaissance

[1] Fenet, XIII, p. 258 ; Locré, XII, p. 358, n. 101.

de cet héritier, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, *quand même la créance serait hypothécaire, si l'obligation n'est pas indivisible* ». L'hypothèque ne fait donc pas obstacle à la division de la dette [1].

1323. *b*) On ne saurait davantage voir une exception dans le cas où « il s'agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible ». Art. **1221-3°**. Suivant que le créancier se prononce pour l'une ou pour l'autre des deux choses, l'obligation se divise ou non. Mais, si elle ne se divise pas, c'est parce qu'elle est indivisible. Il n'y a donc pas d'exception au principe de la divisibilité des dettes. D'ailleurs, l'explication que Bigot-Préameneu donne de notre disposition montre que son but est tout autre que celui de déroger à ce principe : « S'il s'agit, dit-il, de la dette alternative de choses au choix du créancier, et dont l'une soit indivisible, les héritiers ne sauraient réclamer une division qui serait contraire au droit que le créancier a de choisir ou au choix qu'il aurait fait » [2]. Ainsi le 3° de l'art. **1221** signifie simplement que, même après le décès du débiteur originaire, le créancier conserve le droit de choisir la chose indivisible, bien que, par ce choix, il empêche la division de la dette entre les héritiers de ce débiteur.

1324. *Exceptions véritables.* — *a*) Aux termes du n. 2 de l'art. **1221**, il y a exception « lorsqu'elle (la dette) est d'un corps certain... L'héritier qui possède la chose due... peut être poursuivi pour le tout » sur cette chose « sauf le recours contre ses cohéritiers ». Le débiteur avait promis un corps certain, dont il était propriétaire. Après son décès, cette chose s'est trouvée, par l'effet du partage, en la possession exclusive de l'un de ses héritiers. Le créancier a le droit de poursuivre et de faire condamner cet héritier pour le tout, en ce qui concerne l'exécution de l'obligation de livrer. L'héritier qui a reçu dans son lot la chose dont il

[1] Toullier, VI, n. 762; Duranton, XI, n. 277; Marcadé, IV, n. 641; Colmet de Santerre, n. 157 *bis*-I; Larombière, III, p. 549-552 (art. 1221, n. 2, 3 et 4); Demolombe, XXVI, n. 560; Laurent, XVII, n. 407; Vigié, II, n. 1486, p. 674; Thiry, III, n. 31, p. 43; Huc, VII, n. 352, p. 471.

[2] Fenet, XIII, p. 258; Locré, XII, p. 358, n. 101.

s'agit, est seul en situation d'exécuter cette obligation. Si le créancier n'était pas autorisé à lui demander le total, il ne pourrait obtenir, quant aux parts des autres héritiers, qu'une exécution par équivalent, c'est-à-dire des dommages-intérêts. Il fallait donc lui reconnaître la faculté d'agir pour le tout contre l'héritier possesseur de la chose (1).

Mais, s'il le préfère, il peut, nonobstant le partage, poursuivre chacun des héritiers pour sa part : l'obligation de délivrer est divisible, et le partage ne saurait être opposé au créancier, celui-ci n'ayant pas été partie à cette convention.

La décision contenue dans le n. 2 de l'art. 1221 a été empruntée à Pothier (2); mais, sous l'empire du Code, elle présente beaucoup moins d'intérêt qu'à l'époque de ce jurisconsulte. Dans notre législation actuelle, la propriété des corps certains est transférée par l'effet de la convention, de telle sorte que, dans notre hypothèse, le créancier peut, au moyen de l'action en revendication, contraindre le détenteur à délaisser la chose par lui acquise.

S'il n'a pas été fait de partage ou si la chose due n'a pas été mise dans le lot de l'un des héritiers (3), le créancier ne peut demander à chacun de ces derniers que sa part indivise. Ici, en effet, on n'est pas dans la situation prévue par l'art. 1221-2°, car on ne saurait dire de l'un des héritiers, plutôt que des autres, qu'il possède la chose due (4).

Mais la disposition de l'art. 1221-2° est applicable quel que soit le contrat d'où résulte l'obligation de livrer le corps

(1) Colmet de Santerre, V, n. 157 *bis* II, al. 2. — Cpr. Demolombe, XXVI, n. 566 *in fine*. — Les cohéritiers du possesseur, ayant la faculté de se retourner contre lui, pourraient, il est vrai, l'appeler dans l'instance formée contre eux par le créancier et le faire condamner à délivrer la chose pour le tout; mais il y aurait alors circuit d'actions et le législateur a voulu empêcher cette complication. — Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 258; Locré, XII, p. 358, n. 101.

(2) *Obligations*, n. 303 (édit. Dupin, I, p. 162 *in fine*. 163).

(3) Bigot-Préameneu, expliquant notre disposition, suppose que le corps certain, objet de l'obligation, a été « compris dans le lot de l'un des héritiers », *loc. cit.*

(4) Duranton, XI, n. 283 et 285; Colmet de Santerre, V, n. 157 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, p. 54-55, texte et notes 27, 28, 29 et 30; Larombière, III, p. 552-555 (art. 1221, n. 6, 9 et 12); Demolombe, XXVI, n. 566-567; Laurent, XVII, n. 409, 410 et 412; Huc, VII, n. 353.

certain et, par conséquent, alors même qu'il s'agit de l'obligation de restituer, née d'un louage, d'un prêt ou d'un dépôt [1]. Dans ces divers cas, l'héritier qui détient la chose due a seul le moyen d'exécuter l'obligation pour le tout [2].

Nonobstant la généralité des termes de l'art. 1221-2°, notre disposition s'applique seulement lorsque c'est en sa qualité d'héritier et par l'effet du partage que l'un des héritiers possède la chose due. Elle est donc étrangère au cas où c'est de son chef qu'il possède cette chose [3]. Alors, en effet, il ne représente le débiteur originaire que pour partie, et, par suite, le contrat qui a engendré l'obligation de livrer ne saurait lui être opposé que dans la même mesure [4].

1325. *b.* L'exception visée par le 4° de l'art. 1221 existe « lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation ». Dans ce cas, « l'héritier chargé seul de la dette... peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers ». Cette clause a pour but d'épargner au créancier les incommodités et les risques d'une exécution divisée [5]. Mais quel est le titre où elle est susceptible d'être insérée? Ce titre peut, sans aucun doute, être un testament. Il est certain que le testateur a le droit d'imposer à l'un de ses héritiers la charge soit de faire l'avance du total de la dette, soit même de supporter définitivement ce total. Dans cette dernière hypothèse, chacun des autres héritiers se trouve avantagé à concurrence de sa part

(1) Pothier envisageait à part et comme une exception distincte le cas où « la dette consiste dans la simple restitution d'une chose dont le créancier est propriétaire », celui-ci ayant, par exemple, consenti au débiteur primitif un commodat ou un dépôt ayant cette chose pour objet. *Op. cit.*, n. 304 (même édit., I, p. 164). Mais cette hypothèse rentre dans les termes de l'art. 1221-2°, puisque ce texte ne distingue pas à quel titre le corps certain est dû. Dans notre législation, d'ailleurs, il n'y a pas lieu de distinguer, car la propriété de la chose appartient au créancier aussi bien lorsque la délivrance du corps certain est due en vertu d'une vente que lorsque la restitution de cet objet est due en vertu d'un dépôt ou d'un commodat.

(2) Larombière, III, p. 554 (art. 1221, n. 11); Demolombe, XXVI, n. 569; Laurent, XVII, n. 411; Huc, VII, n. 353, p. 472.

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 303, al. 3 (même édit., I, p. 163).

(4) Colmet de Santerre, V, n. 157 *bis*-III; Larombière, III, p. 553 *in fine* (art. 1221, n. 8); Demolombe, XXVI, n. 568.

(5) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs;* Fenet, XIII, p. 258 *in fine;* Locré, XII, p. 358, n. 101, al. 6.

dans la dette. Mais, évidemment, il n'y a rien d'étrange à ce qu'un pareil résultat soit obtenu par une disposition testamentaire.

Toutefois, en employant l'expression *titre*, les rédacteurs de l'art. **1221** ont eu en vue, non le testament, mais bien la convention, le titre conventionnel. Cet article, en effet, est au nombre de ceux qui règlementent la matière *Des contrats ou obligations conventionnelles*. Et qu'on ne dise pas que la faculté pour le débiteur de mettre, par la convention, le paiement du tout à la charge de l'un de ses héritiers serait contraire au principe qu'on ne saurait promettre pour un tiers, chaque héritier ne représentant son auteur que dans la mesure de sa part héréditaire. L'objection serait fondée si l'héritier qui est tenu d'acquitter le total devait le supporter définitivement; mais il doit simplement en faire l'avance. La clause dont il s'agit concerne l'exécution de l'obligation, et non pas la substance de celle-ci (1). L'art. **1221** reconnaît formellement à l'héritier qui paie le tout le droit d'exercer un recours contre les autres (2).

Ce n'est pas seulement, d'ailleurs, par le titre constitutif, mais aussi par un titre postérieur, que l'exécution pour le total pourrait être mise à la charge d'un seul des héritiers (3).

1326. De ce que l'art. **1221**-4° suppose qu'un des héritiers a été chargé *seul*, par le titre, de l'exécution totale de l'obligation, il ne faut point conclure que cette charge ne saurait être imposée à tous les héritiers, de manière que le créancier puisse demander le tout à l'un d'entre eux à son choix. Cette dernière clause doit être admise comme la précédente et même à plus forte raison. D'une part, en effet, elle établit l'égalité entre les héritiers du débiteur, et, par conséquent, elle doit être vue plus favorablement que celle prévue par

(1) Dumoulin, *op. cit.*, part. II, n. 30-31; Pothier, *Oblig.*, n. 308 (édit. Dupin, I, p. 168).

(2) Toullier, VI, n. 773; Duranton, XI, n. 291-295; Marcadé, IV, n. 641; Colmet de Santerre, V, n. 157 *bis*-VI; Aubry et Rau, IV, p. 56, texte et note 33; Larombière, III, p. 561-562 (art. 1221, n. 21-22); Demolombe, XVI, n. 570-573; Laurent, XVII, n. 416; Vigié, II, n. 1486, p. 675; Thiry, III, n. 31, p. 45; Huc, VII, n. 355.

(3) Bigot-Préameneu, *loc. cit.*

la loi. D'autre part, ainsi qu'il résulte de l'art. 1221-5°, le législateur décide que les héritiers du débiteur peuvent, conformément à l'intention des parties, induite de certaines circonstances par lui déterminées, être poursuivis chacun pour le tout. Or, on ne voit pas pourquoi, sur ce point, la convention expresse n'aurait pas autant d'effet que la convention tacite.

1327. *c*. Enfin, aux termes de l'art. 1221-5°, il y a encore exception au principe de la divisibilité de l'obligation entre les héritiers du débiteur, « lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement..... *Chaque* héritier peut... être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers ». A proprement parler, c'est seulement ici qu'il est question d'une véritable indivisibilité de paiement. Sans doute, dans les cas prévus par les n°s 2 et 4 de notre article, l'exécution incombait pour le tout à l'un des héritiers, mais c'est seulement dans les hypothèses dont nous parlons maintenant que *chaque* héritier est tenu de payer le total [1].

Le texte de l'art. 1221-5° a été emprunté presque littéralement à Pothier [2]. Il est, en partie, très obscur. Voyons si les explications du grand jurisconsulte sont de nature à en préciser le sens. Pour cela, nous examinerons les trois hypothèses dont parle notre texte, mais nous en renverserons l'ordre. On conçoit facilement que l'exclusion, par les contractants, du paiement partiel résulte du but qu'ils ont assigné à la convention. Voici le cas cité par Pothier pour éclaircir ce dernier point : vous vous êtes engagé à me payer une certaine somme, en déclarant que c'est pour me tirer de prison où je suis détenu par un de mes créanciers. Si, avant d'avoir

(1) V. toutefois ce que nous avons dit au numéro précédent.

(2) « Le troisième cas auquel la dette, quoique divisée entre les héritiers du débiteur, ne doit point s'acquitter par parties, est lorsque, sans qu'il y ait de convention, *il résulte de la nature de l'engagement, ou de la chose qui en fait l'objet, ou de la fin que l'on s'est proposée dans le contrat, que l'esprit des contractants a effectivement été que la dette ne pût s'acquitter par parties* ». Pothier, *Oblig.*, n. 316 (édit. Dupin, I, p. 172 *in fine*).

exécuté cette obligation, vous mourez laissant plusieurs héritiers, chacun d'entre eux sera tenu de payer le total de la somme stipulée. Cet exemple était encore donné couramment sous l'empire du Code jusqu'à la loi du 22 juillet 1867, abolitive de la contrainte par corps (1). Aujourd'hui, c'est le suivant qui est devenu classique : l'une des parties a promis à l'autre une certaine somme payable la veille du jour où doit expirer pour le créancier une faculté de réméré, et il a été expliqué que la totalité de cette somme est nécessaire à celui-ci pour l'exercice de ce réméré. Puis le débiteur décède. Il laisse plusieurs héritiers. Chacun de ces derniers, à raison de la fin que les parties se sont proposée en contractant, sera tenu d'exécuter l'obligation pour le tout (2).

L'impossibilité pour les héritiers du débiteur d'acquitter partiellement l'obligation peut encore, d'après l'art. 1221-5°, résulter « de la chose qui en fait l'objet ». « Cela se présume facilement, dit Pothier, lorsque la chose, qui fait l'objet de la convention est susceptible, à la vérité, de parties intellectuelles, et est, par conséquent, divisible, mais ne peut être divisée en parties réelles. Cela se présume à l'égard des choses qui peuvent se partager en parties réelles, lorsqu'elles ne peuvent l'être sans qu'il en résulte un préjudice au créancier. Par exemple, si j'ai acheté ou pris à ferme un certain héritage, quoique cet héritage soit susceptible de parties, néanmoins un des héritiers de celui qui me l'a vendu ou donné à ferme, ne serait pas reçu à m'offrir sa part indivisée ou divisée de cet héritage, pour s'acquitter envers moi de cette obligation, si ses cohéritiers n'étaient aussi, de leur côté, prêts à me délivrer les leurs, parce que la division de cet héritage me porterait préjudice : Je ne l'ai acheté ou pris à ferme que pour l'avoir en total, et je n'en aurais ni acheté ni pris à

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 316 *in fine*. — *Adde* Toullier, VI, n. 780; Marcadé, IV, n. 641 *in fine*. — On peut le reproduire, même depuis la loi de 1867, si l'on suppose que le stipulant est soumis à la contrainte par corps à raison d'une dette résultant d'un délit par lui commis.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 157 *bis*-VIII, al. 2; Larombière, III, p. 574 (art. 1221, n. 35); Demolombe, XXVI, n. 579; Laurent, XVII, n. 418 *in fine;* Thiry, III, n. 31, p. 46.

ferme une partie » [1]. Ajoutons avec le Code que, dans cette espèce, le créancier a le droit de poursuivre chaque héritier pour le total.

Quant à l'indivisibilité de paiement résultant « de la nature de l'engagement », Pothier n'en fait pas d'application, et il paraît impossible d'en imaginer un cas. On cite l'obligation alternative : Dans cette obligation, dit-on, le créancier ne peut être contraint de recevoir partie de l'une des choses et partie de l'autre. Les héritiers du débiteur doivent donc, s'ils ont le choix, se mettre d'accord [2]. Mais, dans cet exemple, il ne s'agit point d'indivisibilité de paiement. Si la chose choisie est divisible, la nature de l'engagement ne s'opposera certainement pas à ce que le paiement soit divisé. En matière d'obligation alternative, l'indivisibilité porte sur le choix, et non pas sur le paiement [3].

1328. Dans les cas visés par l'art. 1221-3°, l'indivisibilité de paiement découle de la volonté tacite des parties. Les juges pourraient-ils induire cette volonté d'une circonstance non prévue par notre texte? Oui, d'après nous, quelle que soit la circonstance qui la révèle, l'intention que les contractants ont eue de rendre le paiement indivisible, doit produire son effet. En principe, la volonté tacite des contractants, lorsqu'elle est reconnue par les juges, a autant de force que la volonté exprimée [4].

§ III. *Des effets de l'obligation indivisible.*

1329. Nous avons déjà noté que l'obligation indivisible *solutione tantum* est considérée par le législateur comme une obligation divisible. Ce qui est dit dans notre paragraphe, intitulé *Des effets de l'obligation indivisible*, est donc inapplicable à l'indivisibilité de paiement.

(1) *Oblig.*, n. 316 (édit. Dupin, I, p. 172). — V. toutefois, sur l'exemple donné par Pothier, Laurent, XVII, n. 418, p. 417 ; Huc, VII, n. 356, p. 474. — V. aussi Planiol, II, n. 825.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 157 *bis*-VIII *in fine;* Demolombe, XXVI, n. 580; Laurent, XVII, n. 418, p. 416.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 58, note 38; Huc, VII, n. 356, p. 474; Planiol, *loc. cit.*

(4) *Sic* Demolombe, XXVI, n. 577 *in fine*. — *Contra* Huc, VII, n. 357.

Les effets de l'obligation indivisible sont les mêmes que ceux de l'obligation divisible, lorsque le lien de l'obligation se concentre entre un créancier unique et un débiteur unique. Art. 1220. Il n'en est plus de même, lorsqu'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs : ce qui peut arriver, soit parce que dès l'origine l'obligation a été contractée par plusieurs débiteurs ou au profit de plusieurs créanciers, soit parce que le créancier ou le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers. En pareil cas, si l'obligation est divisible, elle se divise soit activement, soit passivement ; au contraire, elle ne se divise ni activement ni passivement si elle est indivisible.

Remarquons toutefois qu'ici, comme dans l'art. 1220, la loi ne règle que les rapports de créancier à débiteur : il s'agit de savoir ce que doit payer chaque débiteur ou ce qui doit être payé à chaque créancier. Elle ne s'occupe nullement des rapports des divers créanciers ou des divers débiteurs entre eux : le profit résultant de la créance ou la perte résultant de la dette se répartirait entre eux d'après les mêmes règles que si l'obligation était divisible.

I. *Des effets de l'indivisibilité au point de vue actif.*

1330. *a.* — Si une obligation indivisible a été contractée envers plusieurs créanciers, un seul pourra exiger l'exécution intégrale et donner valablement quittance pour le tout. Il en sera de même si le créancier unique de l'obligation est mort laissant plusieurs héritiers. La loi qui ne prévoit pas le premier cas, prévoit le second dans l'art. 1224 al. 1, ainsi conçu : « *Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exé-* » *cution de l'obligation indivisible* ».

1331. L'alinéa 2 de l'article ajoute : « *Il ne peut seul faire* » *la remise de la totalité de la dette ; il ne peut recevoir seul* » *le prix au lieu de la chose. Si l'un des héritiers a seul remis* » *la dette ou reçu le prix de la chose, son cohéritier ne peut* » *demander la chose indivisible qu'en tenant compte de la* » *portion du cohéritier qui a fait la remise ou qui a reçu le* » *prix* ». Chaque créancier ou chaque héritier du créancier peut exiger le paiement intégral de la dette indivisible, parce

qu'un paiement partiel n'est pas possible. Mais la créance ne lui appartient pas pour cela tout entière. Nous l'avons dit, dans les rapports des divers cocréanciers entre eux, la créance (ou du moins le profit qu'elle représente) se divise, ordinairement par portions égales. Dans ces conditions, un seul des intéressés ne devait pas avoir le droit d'en disposer pour sa part. Cette considération explique la disposition de notre article. La remise de la dette, faite par un seul des héritiers du créancier, ne produira aucun effet par rapport aux autres. Chacun de ces derniers pourra donc exiger l'exécution de l'obligation, et l'exiger intégralement, puisque l'obligation est indivisible et non susceptible par conséquent d'être payée pour partie ; mais, comme la remise effectuée par son cohéritier doit avoir au moins effet dans la mesure de la part de celui-ci, il ne pourra exiger cette exécution qu'en tenant compte au débiteur de la part revenant dans la créance au cohéritier qui a fait la remise.

Même solution, *mutatis mutandis,* au cas où l'un des héritiers du créancier a seul reçu le prix au lieu de la chose, et d'une manière générale au cas où il a fait novation avec le débiteur.

1332. *b.* — Quand la prescription est suspendue au profit de l'un des créanciers, elle est nécessairement suspendue à l'égard des autres. Les art. **709-710** appliquent le principe en matière de servitudes, et, comme il y a pour tous les droits indivisibles le même motif de décider, on a déduit des dispositions de ces articles la solution que nous reproduisons [1].

A plus forte raison, l'acte par lequel l'un des créanciers interrompt la prescription, profite aux autres.

II. *Des effets de l'indivisibilité au point de vue passif.*

1333. L'obligation indivisible ne se divise pas non plus au point de vue passif. C'est ce que disent les art. **1222** et **1223** ainsi conçus :

[1] Marcadé, IV, n. 648 *in fine ;* Colmet de Santerre, V, n. 161 *bis*-I ; Aubry et Rau, IV, p. 53, n. 21 ; Larombière, III, p. 619 (art. 1225, n. 11) ; Demolombe, XXVI, n. 624 ; Laurent, XVII, n. 396 *in fine ;* Vigié, II, n. 1488, p. 676 ; Huc, VII, n. 360, p. 479 *in fine ;* Planiol, II, n. 833 *in fine.*

a. — Art. 1222. « *Chacun de ceux qui ont contracté conjoin-* » *tement une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore* » *que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement* ».

Art. 1223. « *Il en est de même à l'égard des héritiers de* » *celui qui a contracté une pareille obligation* ».

Ainsi, au cas d'obligation indivisible, chacun des copromettants ou chacun des héritiers du débiteur originaire peut être poursuivi pour le tout.

1334. L'art. 1225 ajoute : « *L'héritier du débiteur, assigné* » *pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai* » *pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette* » *ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'hé-* » *ritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son* » *recours en indemnité contre ses cohéritiers* ».

Ce dernier texte est difficile, et il n'a peut-être pas toute la netteté désirable. Il a été emprunté à Pothier [1], et, par conséquent, les explications que donne ce jurisconsulte en constituent le meilleur commentaire.

Pothier dit qu'il faut distinguer ici avec Dumoulin trois cas.

1335. 1er CAS. La dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par celui des héritiers du débiteur qui est assigné. Par exemple il s'agit d'une servitude de passage, que le défunt avait promis d'établir, au profit d'un fonds voisin, sur une partie de son propre fonds, à déterminer par une opération ultérieure qui n'était pas encore accomplie lors de son décès. Le partage de la succession étant opéré, le créancier agit contre celui des héritiers dans le lot duquel a été mis l'immeuble sur lequel la servitude doit être établie ; lui seul en effet peut exécuter l'obligation que le défunt a contractée de ce chef. Cet héritier ne pourra pas prétendre que ses cohéritiers doivent être condamnés comme lui à l'exécution de l'obligation ; tout ce qu'il peut soutenir, c'est qu'il a le droit, la servitude une fois établie, d'exercer une action récursoire contre chacun d'eux dans la mesure de sa part héréditaire, car, si l'obligation ne se divise pas dans les rapports des héritiers du débiteur avec le créancier, elle se

[1] *Oblig.*, n. 331-336 (édit Dupin, I, p. 181-184).

divise dans les rapports de ces héritiers entre eux. L'héritier poursuivi pourra donc demander un délai pour mettre ses cohéritiers en cause, afin qu'il soit statué par un même jugement sur l'exécution de l'obligation indivisible dont il est seul tenu envers le créancier et sur le recours que cette exécution fera naître à son profit contre ses cohéritiers. Ce droit de recours n'existerait pas, et, par suite, l'héritier poursuivi n'aurait pas le droit de mettre ses cohéritiers en cause, si une clause de l'acte de partage avait mis la dette de la servitude à sa charge exclusive. En pratique, c'est ce qui arrive presque toujours.

1336. 2e CAS. La dette est de nature à pouvoir être acquittée indifféremment soit par l'héritier assigné, soit par chacun de ses cohéritiers. Pothier cite comme exemple le cas où il s'agit d'une servitude que le défunt s'est engagé à faire avoir à quelqu'un sur l'héritage d'un tiers ; il est clair que l'un quelconque des héritiers peut faire auprès de ce tiers les démarches nécessaires pour obtenir la constitution de la servitude. Ici la situation du cohéritier assigné n'est plus la même que dans l'hypothèse précédente. Tout à l'heure il devait être seul condamné envers le créancier, puisque seul il pouvait acquitter la dette ; il s'agissait seulement de régler le recours que l'exécution de l'obligation ferait naître à son profit contre ses cohéritiers. Dans notre hypothèse au contraire, l'obligation est de nature à pouvoir être acquittée par l'un des cohéritiers aussi bien que par l'autre ; pourquoi donc alors un seul serait-il condamné à l'exécuter ? L'héritier assigné a bien le droit de dire : « La condamnation à intervenir doit frapper mes cohéritiers aussi bien que moi, car ils doivent comme moi et au même titre que moi ; je dois comme eux *totum,* mais pas plus qu'eux je ne dois *totaliter;* je demande en conséquence un délai pour mettre mes cohéritiers en cause, afin que le jugement qui me condamnera les condamne également ». Au premier abord on ne voit pas l'avantage que cela procurera à l'héritier assigné : en effet, une fois la condamnation prononcée contre lui et ses cohéritiers, le créancier pourra le poursuivre seul et exiger de lui l'exécution intégrale de l'obligation, puisqu'elle est indivisi-

ble ; qu'aura-t-il donc gagné à faire condamner ses cohéritiers ? Il obtiendra d'abord cet avantage : que, ses cohéritiers étant condamnés comme lui, le créancier s'attaquera peut-être à l'un d'eux pour obtenir l'exécution de l'obligation ; la certitude qu'il avait d'être choisi pour cette exécution se trouve ainsi transformée en une simple probabilité. D'un autre côté, si l'héritier assigné ne met pas ses cohéritiers en cause, il devra être seul condamné aux dommages et intérêts pour le cas d'inexécution, sauf son recours contre ses cohéritiers ; tandis que, s'il les met en cause, ils seront tous condamnés aux dommages et intérêts pour ledit cas d'inexécution, et cette dette, étant divisible, se divisera de plein droit entre eux, même dans leur rapport avec les créanciers.

1337. 3e CAS. La dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous les héritiers conjointement. Par exemple, il s'agit d'une servitude de passage, que le défunt s'est obligé à établir sur une portion de son fonds à déterminer par une opération ultérieure, et le fonds est encore indivis entre les héritiers au moment où le créancier intente son action contre l'un d'eux ; le concours de tous les héritiers est nécessaire pour l'établissement de la servitude, car un fonds commun ne peut pas être grevé de servitude sans le consentement de tous les copropriétaires. Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, l'héritier assigné pourra demander un délai pour mettre ses cohéritiers en cause : auquel cas ils seront tous condamnés à l'exécution de l'obligation et, pour le cas d'inexécution, à des dommages et intérêts dont chacun sera débiteur pour sa part. Si l'héritier assigné ne met pas ses cohéritiers en cause, il sera seul condamné pour le tout à l'exécution de l'obligation et, en cas d'inexécution, aux dommages et intérêts, sauf son recours contre ses cohéritiers.

Pothier ajoute : « Si l'un des cohéritiers déclare qu'il est prêt autant qu'il est en lui d'accomplir l'obligation, et qu'il ne tienne qu'à l'autre héritier qu'elle soit accomplie, il n'y a que celui qui refuse qui doit être condamné aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution ; car celui qui offre n'est pas en demeure » (1).

(1) *Oblig.*, n. 335, al. 2 (même édit., I, p. 184).

Aujourd'hui cette solution est l'objet d'une vive controverse. Nous croyons devoir nous ranger à l'avis de Pothier. Si, au cas d'obligation indivisible, les débiteurs sont tenus chacun pour le tout, c'est à raison de la nature de la chose due, et non pas en vertu d'un lien de droit qui existerait entre eux. Il n'y a donc pas de raison pour que la mise en demeure de l'un constitue les autres en demeure. De plus, l'héritier qui se déclare prêt à fournir la prestation promise, n'est pas en faute; l'inexécution ne lui est pas imputable, et, par suite, il ne saurait être tenu de dommages-intérêts (1).

1338. En définitive, l'art. 1225 va un peu loin, quand il dit en termes absolus que, si la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, celui-ci ne peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers. Il le peut dans tous les cas; mais, dans le premier, c'est-à-dire quand la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, c'est uniquement pour faire statuer sur le recours qu'il est en droit d'exercer contre ses cohéritiers, tandis que, dans les deux autres, c'est pour les faire condamner concurremment avec lui à exécuter l'obligation (2).

1339. *b*) De même, quand la prescription est interrompue à l'égard de l'un des débiteurs, les droits des créanciers sont conservés contre tous. Art. 2249, al. 2 (3).

1340. *c*) L'indivisibilité produit un effet important quand l'obligation est accompagnée d'une clause pénale et qu'il y a

(1) *Sic* Marcadé, IV, n. 647 *in fine;* Mourlon, II, n. 1291; Larombière, III, p. 617 (art. 1225, n. 9); Demolombe, XXVI, n. 608-609; Laurent, XVII, n. 391. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 160 *bis*-IV; Aubry et Rau, IV, p. 52, note 20.

(2) Duranton, XI, n. 303 305; Marcadé, IV, n. 645-646; Colmet de Santerre, V, n. 160 *bis*-I, 160 *bis*-II, 160 *bis*-III; Aubry et Rau, IV, p. 51, note 19; Larombière, III, p. 612-615 et 619 (art. 1225, n. 1-5 et 9); Demolombe, XXVI, n. 599-605; Laurent, XVII, n. 392, 395; Thiry, III, n. 32. — Cpr. Huc, VII, n. 363-364; Planiol, II, n. 830.

(3) D'après Duranton, l'art. 2249, al. 2, concerne exclusivement les obligations indivisibles dont il est question dans l'art. 1217. Il serait donc étranger à celles visées par l'art. 1218. Cette distinction, qui a pour cause la confusion faite par Duranton entre les obligations indivisibles définies par l'art. 1218 et les obligations divisibles dont s'occupe l'art. 1221-5° est repoussée avec raison par les autres auteurs. — V. notamment Aubry et Rau, IV, p. 53, note 22; Demolombe, XXVI, n. 625.

contravention d'un seul des débiteurs. Nous étudierons cette question sous l'art. 1232 [1].

§ IV. *Parallèle entre l'indivisibilité et la solidarité.*

1341. Lorsque plusieurs débiteurs sont tenus d'une même obligation indivisible, le créancier peut s'adresser à celui qu'il veut choisir et exiger de lui un paiement intégral. Art. 1222. A ce point de vue, l'obligation indivisible produit le même effet que l'obligation solidaire. Art. 1203. Mais, sous d'autres aspects, il existe des différences considérables entre les deux espèces d'obligation. L'art. 1219 nous le fait pressentir quand il dit : « *La solidarité stipulée ne donne point à* » *l'obligation le caractère d'indivisibilité* ». Nous avons déjà signalé une de ces différences. Résumons-la ici en quelques mots. En demandant à l'un des codébiteurs le paiement intégral de la dette solidaire, le créancier ne lui demande que ce qu'il doit, car chaque débiteur doit le tout. Au contraire, en demandant à un seul débiteur l'exécution intégrale de l'obligation indivisible, le créancier demande plus que ce débiteur ne doit, car il ne doit que sa part; pourquoi donc peut-il le forcer à payer le tout? parce que l'obligation, étant indivisible, n'est pas susceptible d'une exécution partielle. En un mot, le créancier qui poursuit l'un des débiteurs solidaires peut lui dire : « Vous devez le tout, payez-moi ». Au contraire, le créancier qui poursuit l'un des débiteurs d'une même obligation indivisible, lui dit : « Vous ne devez qu'une part; mais, comme il vous est impossible de ne payer que cette part, puisque l'obligation, étant indivisible, n'est pas susceptible d'exécution partielle, et que, cependant, il faut bien que je sois payé, je vous demande le tout ». On exprime cette différence dans le langage de l'école, en disant que le codébiteur solidaire doit *totum et totaliter*, tandis que chacun des débiteurs d'une même dette indivisible doit *totum*, mais non *totaliter*. On pourrait, ce semble, traduire ces locutions, en disant que chacun des codébiteurs solidaires est obligé au tout et doit le tout, tandis que chacun des débiteurs d'une

[1] V. *infra*, n. 1375.

même dette indivisible est obligé au tout, mais ne doit que sa part. Les auteurs expliquent autrement le sens de ces expressions ; mais leurs explications ne nous paraissent pas bien nettes.

Il y a d'autres différences ; nous indiquerons les principales :

1° La solidarité a sa source dans le titre même en vertu duquel les débiteurs sont obligés (contrat, testament ou loi). Au contraire, l'indivisibilité résulte de la nature de l'obligation, qui n'est pas susceptible de division, à raison soit de la nature de la prestation qu'elle a pour objet, soit de la volonté des parties contractantes.

Aussi l'obligation indivisible se divise-t-elle entre les divers débiteurs, lorsque l'obstacle qui s'opposait à la division a cessé : ce qui arrive, lorsqu'elle se trouve convertie en une dette de somme d'argent, par conséquent en une obligation divisible ; tandis que cette circonstance n'empêche pas l'obligation solidaire de demeurer pour le total à la charge de chacun des débiteurs. Art. 1205, al. 1 (1).

2° L'obligation solidaire se divise entre les héritiers du créancier ; chacun ne peut demander que sa part dans la dette solidaire. Arg. art. 1220. Au contraire l'obligation indivisible ne se divise pas entre les héritiers du créancier ; un seul peut demander l'exécution intégrale de l'obligation. Art. 1224, al. 1.

3° Il en est de même au point de vue passif : l'obligation solidaire se divise de plein droit entre les héritiers du débiteur ; chacun n'en est tenu que pour sa part, tandis que l'obligation indivisible ne se divise pas entre les héritiers du débiteur, chacun en est tenu pour le total. Art. 1223.

On s'explique ainsi que l'interpellation, adressée à l'un des héritiers du débiteur solidaire décédé, n'interrompe pas la prescription à l'égard des autres, tandis qu'il en est autrement de l'interpellation adressée à l'un des héritiers du débiteur d'une obligation indivisible. Art. 2249 al. 2.

(1) Disposition expresse dans *C. fédér. des oblig.*, art. 80 ; *C. civ. japon.*, art. 431.

4° La solidarité suppose le plus souvent entre les divers codébiteurs solidaires l'existence d'un mandat, dont nous avons déterminé la nature et l'étendue [1]. Ce mandat n'existe pas entre ceux qui ont contracté conjointement une même obligation indivisible. Cela explique pourquoi la mise en demeure de l'un des codébiteurs solidaires produit effet à l'égard des autres (art. 1207), tandis qu'il en est autrement entre les divers débiteurs d'une même obligation indivisible. Cela explique aussi pourquoi la perte de la chose, survenue par la faute de l'un des débiteurs solidaires, laisse subsister l'obligation à l'égard des autres, qui n'en sont pas moins tenus solidairement du prix de la chose (art. 1205), tandis que la perte de l'objet d'une obligation indivisible, survenue par la faute de l'un des débiteurs, est considérée comme un cas fortuit par rapport aux autres et entraîne leur libération.

1342. D'après certains auteurs, il existerait aussi la différence suivante : tandis que le codébiteur d'une dette indivisible, poursuivi pour l'exécution intégrale de l'obligation, peut demander un délai pour mettre ses codébiteurs en cause (art. 1225), ce droit n'appartiendrait pas au débiteur solidaire poursuivi pour la totalité. Il résulte de nos précédentes explications que nous n'admettons pas cette différence [2].

SECTION VI

DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSE PÉNALE

1343. La clause pénale ou stipulation pénale est une convention accessoire par laquelle un débiteur s'engage à accomplir une certaine prestation en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution de l'obligation principale [3].

(1) V. *supra*, n. 1213.

(2) V. *supra*, n. 1204.

(3) La loi, dans l'art. 1226, paraît ne prévoir que l'inexécution ; mais elle reconnaît incidemment dans l'art. 1229 la validité de la clause pénale stipulée pour le cas de simple retard. Au surplus, l'exécution tardive impliquant l'inexécution partielle, on peut la considérer comme rentrant dans les termes de l'art. 1226. — Colmet de Santerre, V, n. 162 *bis*-I ; Demolombe, XXVI, n. 636. — Req., 13 juill. 1899, S., 99. 1. 464, D. P. 99. 1. 524.

La prestation qui est l'objet de cette stipulation accessoire est désignée sous le nom de *peine*.

En réalité, la clause pénale n'est pas autre chose que l'évaluation faite par les parties des dommages-intérêts auxquels pourra donner lieu l'inexécution (dommages-intérêts *compensatoires*) ou le retard dans l'exécution de l'obligation (dommages-intérêts *moratoires*).

Ainsi, *dommages-intérêts conventionnels* et *clause pénale* sont une seule et même chose sous des noms différents.

On aurait donc pu faire de la section qui va nous occuper un appendice de celle où la loi traite des dommages-intérêts.

Il s'ensuit qu'en l'absence de dérogations formelles, les règles posées par le législateur, relativement aux dommages-intérêts, doivent être étendues à la clause pénale (1).

Il s'ensuit également que l'art. 1152 s'occupe de cette clause, bien qu'il ne renferme pas son nom. Il prévoit, en effet, le cas où « *la convention* porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera *une certaine somme à titre de dommages-intérêts* ».

Il va sans dire que l'on peut adjoindre à la convention principale la stipulation dont il s'agit sans la qualifier de *clause pénale* et même sans employer l'expression *peine*. Il suffit qu'il ressorte de la convention que les parties ont voulu garantir l'exécution de l'obligation principale au moyen de la stipulation accessoire d'une certaine prestation. Cette solution s'autorise de la règle qui exclut en principe, dans notre droit, l'emploi des formules sacramentelles (2). Il faut même admettre que la stipulation pénale peut être sous-entendue; nous entendons par là qu'elle peut résulter indirectement des clauses exprimées dans la convention (3). En sens inverse, ce n'est pas parce que les parties ont employé les expressions *peine* ou *clause pénale* que la convention

(1) V. *infra*, les conséquences de ce principe dans les n. 1364-1372.

(2) Laurent, XVII, n. 424; Huc, VII, n. 369 *in fine*, p. 493. — Trib. de Namur, 3 avril 1873, *Pasicr.*, 73. 3. 144.

(3) Trib. civ. de Montbrison, 4 août 1854, sous Req., 8 juill. 1857, S., 58. 1. 195, D. P., 57. 1. 420.

renferme nécessairement la stipulation accessoire dont nous parlons. C'est là une question abandonnée à l'appréciation du juge [1].

La clause pénale nous vient du droit romain. Il est probable qu'au début la *stipulatio pœnæ* était le seul procédé qui permît de rendre obligatoires les engagements ayant un objet autre que de l'argent. Puis la pratique la conserva à raison de l'avantage que présentait le système primitif de l'évaluation par les parties elles-mêmes. Elle affectait, d'ailleurs, deux formes bien différentes : dans l'une, la plus ancienne, la *stipulatio pœnæ* consistait dans la promesse de la *pœna*, sous la condition qu'une certaine prestation ne serait pas effectuée [2]. Dans l'autre, la *stipulatio pœnæ* venait après la promesse de la prestation dont la non réalisation devait faire naître la dette de la *pœna* [3]. Mais, qu'elle se présentât sous l'une ou sous l'autre de ces formes, elle épargnait aux parties, et surtout au demandeur, les difficultés qu'elles auraient rencontrées dans la preuve du montant du préjudice causé par l'inexécution [4]. En résumé, cette stipulation était estimatoire et conditionnelle [5].

Nous étudierons les trois points suivants :

§ I. De la double fonction de la clause pénale.

§ II. Des caractères de cette stipulation.

§ III. Des cas où il y a indivisibilité de l'obligation principale ou de l'obligation pénale.

§ I. *De la double fonction de la clause pénale.*

1344. La clause pénale a un double but : 1° assurer l'exécution de la convention à laquelle elle se rattache ; 2° au

(1) Huc, VII, n. 369 *in fine*.

(2) « *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes* ».

(3) « *Pamphilum dare spondes? si non dederis, centum dare spondes* ».

(4) Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 2e éd., p. 644-645.

(5) Mais auquel de ces deux caractères faut-il s'attacher surtout quand il s'agit de déterminer les règles de la *stipulatio pœnæ ?* D'après M. Labbé, c'est au caractère de convention estimatoire. *Appendice III*, dans *Explic. histor. des Instituts de Justinien*, par Ortolan, 12e éd., III, p. 808 814. Mais M. Accarias estime qu'on doit faire prédominer l'idée de stipulation conditionnelle. *Pr. de dr. rom.*, 4e éd., II, n. 539-541. De même M. Girard, *op. cit.*, p. 644-647.

cas où ce résultat ne pourrait pas être atteint, soustraire à l'arbitraire du juge la fixation des dommages-intérêts [1].

Il est vrai que dans la disposition de l'art. **1226**, où il définit la clause pénale, le législateur ne se place qu'au premier de ces points de vue; mais il n'est pas douteux que la clause dont nous parlons ait aussi la seconde fonction. Arg. art. **1152**.

Remarquons immédiatement que ni l'un ni l'autre des buts de la clause pénale n'impliquent la renonciation de la part du créancier à aucun des droits que le contrat a fait naître à son profit. Il faut donc admettre que tous ces droits subsistent. C'est là une idée très importante qui domine toute la matière [2].

I. *Première fonction de la clause pénale.*

1345. En premier lieu, avons-nous dit, la stipulation pénale a pour but d'assurer l'exécution de la convention; en un mot, c'est un moyen de contrainte [3]. C'est qu'en effet, le débiteur remplira probablement ses engagements pour ne pas encourir la peine : « *La clause pénale,* dit l'art. **1226**, *est celle* » *par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une* » *convention, s'engage à quelque chose, en cas d'inexécu-* » *tion* » [4].

De là il suit que la stipulation pénale n'enlève pas au créancier la faculté d'exiger par les voies de droit l'accomplissement de la prestation qui est l'objet de la promesse

(1) Le C. civ. allemand envisage aussi la clause pénale sous ce double aspect. Art. 340. — V. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'oblig. d'après le projet de C. civ. allemand,* p. 327, n. 295.

(2) Pothier, *Oblig.,* n. 342 (édit. Dupin, I, p. 188).

(3) V. Saleilles, *op. cit.,* n. 295, p. 327 *in fine,* et p. 328.

(4) En droit français, il est vrai, la clause pénale n'a pas un rôle aussi important que la *stipulatio pœnæ* en droit romain; mais il nous paraît exagéré de dire avec M. Huc que le seul but de la clause pénale est de fixer par anticipation et à forfait les dommages-intérêts. Ces mots de l'art. 1226 « *pour assurer l'exécution d'une convention* » ne sont pas simplement une réminiscence de la pratique romaine, car, ainsi que le reconnaît un peu plus loin le même auteur, cette estimation à forfait des dommages-intérêts constitue en même temps « un moyen indirect de contrainte ». Huc, VII, n. 366, p. 488. — Cependant M. Planiol est du même avis que M. Huc. V. Planiol, II, n. 265, al. 3, p. 86.

principale : « *Le créancier, au lieu de demander la peine* » *stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut pour-* » *suivre l'exécution de l'obligation principale* », dit l'art. 1228. Le débiteur qui ne veut pas tenir son engagement ne pourra donc pas forcer le créancier à se contenter de la peine. Destinée à assurer l'exécution de la convention, la clause pénale ne saurait être invoquée par le promettant comme un moyen de se dégager [1].

1346. Il résulte de ce qui précède que le créancier ne peut pas être contraint de recevoir partie de l'objet de la stipulation principale et partie de la peine. Il a droit à l'intégralité de l'un ou de l'autre à son choix [2].

Ainsi, lorsque l'obligation principale est une obligation de faire et que le débiteur ne l'exécute pas, le créancier, aux termes de l'article 1144, peut être autorisé à la faire exécuter lui-même aux dépens du débiteur. Il n'est pas contestable, d'ailleurs, que ce dernier peut être condamné à rembourser au créancier tous les frais faits dans ce cas, fussent-ils supérieurs au montant de la clause pénale. Ces frais sont, en effet, absolument distincts de la peine. Ils sont nécessités par l'exécution, que, par hypothèse, le créancier est en droit de poursuivre [3].

1347. Cependant le créancier ne pourrait plus exiger l'exécution de la convention principale, s'il était certain que, par la stipulation qui est venue s'y ajouter, les parties ont eu l'intention de faire une novation conditionnelle, pour le cas où le débiteur, mis en demeure, n'exécuterait pas la première obligation. Seulement, ici, il n'y a pas, en réalité, une convention principale et une clause pénale, mais bien deux obligations principales, l'une sous condition résolutoire et l'autre sous condition suspensive, et la seconde, si elle prend naissance, est destinée à remplacer la première. Il ne faut donc pas voir dans l'hypothèse dont nous parlons maintenant

[1] Pothier, *Oblig.*, n. 342. — V. aussi L. 122, § 2; D., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

[2] V. une application du principe dans Req., 21 juin 1885, S., 87. 1. 175, D. P., 86. 1. 326.

[3] Duranton, XI, n. 342 ; Sebire et Carteret, *op. cit.*, n. 33 et 57; Demolombe, XXVI, n. 651.

une exception au principe posé plus haut. Ajoutons que, s'il y a doute sur l'intention des parties, on devra supposer qu'elles ont stipulé une clause pénale, car « *la novation*, aux termes de l'art. **1273**, *ne se présume point* » (1).

1348. La présence d'une clause pénale dans un contrat synallagmatique ne s'oppose nullement à ce que la partie qui a stipulé la peine puisse, au lieu de poursuivre l'exécution de l'obligation principale ou celle de la clause pénale, demander, en vertu de l'art. **1184**, la résolution du contrat. On ne saurait induire de la stipulation d'une peine l'intention chez le créancier de renoncer au droit de demander cette résolution.

Lorsque celle-ci lui est accordée, le juge peut, sur sa demande, lui allouer des dommages-intérêts, et, comme le préjudice, dont ils sont la réparation, résulte, non pas de l'inexécution de l'obligation principale, mais de la résolution du contrat, ils peuvent être supérieurs ou inférieurs au montant de la peine (2).

II. *Seconde fonction de la clause pénale.*

1349. Le second but de la clause pénale est de soustraire à l'arbitraire du juge et aussi aux lenteurs et aux frais qu'entraîne toujours l'intervention de la justice, la fixation des dommages-intérêts auxquels pourra donner lieu l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'obligation.

Ce but ne serait pas atteint, si le tarif établi d'un commun accord par les parties pouvait être critiqué, soit par le créancier qui viendrait soutenir que les dommages-intérêts fixés par la clause pénale sont insuffisants, soit par le débiteur qui prétendrait qu'ils sont exagérés. Aussi avons-nous vu que l'art. **1152**, s'écartant avec raison sur ce point des traditions de notre ancien droit, ne permet pas au juge de modifier, soit en plus, soit en moins, le taux des dommages-intérêts

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 341 ; Colmet de Santerre, V, n. 164 *bis;* Aubry et Rau, IV, p. 114 ; Demolombe, XXVI, n. 652 ; Larombière, IV, p. 14 (art. 1228, n. 4) ; Laurent, XVII, n. 445 ; Huc, VII, n. 372.

(2) Laurent, XVII, n. 446 ; Huc, VII, n. 372. — Civ. cass., 2 déc. 1856, S., 57. 1. 356, D. P., 57. 1. 443.

conventionnels. La clause pénale est une loi que les parties se sont imposées et qu'elles doivent subir (1).

Cependant la règle écrite dans notre article 1152 n'a été admise ni par le Code fédéral des obligations, ni par le Code civil allemand : ils décident, l'un et l'autre, d'une part, que le créancier peut, s'il prouve que la peine est inférieure au préjudice causé par l'inexécution, obtenir de plus amples dommages-intérêts, et, d'autre part, que le juge peut diminuer la peine, s'il la trouve excessive (2).

1350. Il existe toutefois quelques exceptions à notre principe. Et d'abord il en est une qu'indique l'art. 1231 : « La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie ». Cette disposition découle logiquement de celle de l'art. 1229 qui s'oppose à ce que le créancier puisse « demander en même temps le principal et

(1) Nous avons déjà dit que l'art 1152 concerne la clause pénale, bien qu'il n'en renferme pas le nom. D'ailleurs Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*, lève tout doute à cet égard. Locré, XII, p. 362. — La jurisprudence a fait de nombreuses applications de notre principe. V. Dijon, 5 janv. 1838, D. P., 39. 2. 150, D. *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1385, P., 43, II, 304; Paris, 22 juill. 1872, *Bull. arr. Paris*, 1872, p. 472; Paris, 24 nov. 1881, *Gaz. Pal.*, 82. 1. 534; Trib. Seine, 18 juill. 1883, *Gaz. Pal.*, 83. 2. 237; Paris, 24 janv. 1883, *Gaz. Pal.*, 83. 2. 422, 2e partie; Paris, 30 oct. 1885, *Pand. franç. périod.*, 86. 2. 12; Trib. comm. Seine, 3 avril 1891, *Loi* du 9 juill. 1891; Riom, 9 juill. 1892, D. P., 94. 2. 164.

(2) Dispositions du C. féd. : « Si le dommage qu'il a souffert dépasse le montant de la peine, le créancier ne peut réclamer une indemnité supérieure qu'en établissant une faute à la charge du débiteur ». Art. 180, al. 2. — « Les parties sont libres de stipuler telle peine que bon leur semble ; le juge a néanmoins le droit de mitiger les peines qu'il trouverait excessives ». — V. Virgile Rossel, *Man. du dr. féd. des oblig.*, p. 231, n. 225. — Dispositions du C. civ. all. : « Si le créancier a droit à des dommages-intérêts du chef d'inexécution, il peut exiger la peine encourue, comme montant minimum du dommage. Il ne lui est pas défendu de se prévaloir d'un dommage plus élevé ». Art. 340, al. 2. — Il en est de même dans le cas d'inexécution irrégulière. Art. 341, al. 2. — « Si la peine encourue est hors de proportion avec le dommage, le débiteur peut en demander la réduction, par jugement, à la somme convenable. Dans l'appréciation de cette somme, on prend en considération non seulement l'intérêt pécuniaire, mais tout intérêt légitime du créancier. Après le paiement de la peine, toute demande en réduction est exclue ». Art. 343, al. 2 (traduc. Meulenaere, p. 94-95). — Le C. civ. japonais, au contraire, a reproduit le système français : « Les parties peuvent fixer, par avance, le montant des dommages-intérêts qui entraînera l'inexécution. Dans ce cas le tribunal ne peut ni élever ni abaisser la somme fixée par les parties. — ... La clause pénale est présumée être une fixation de dommages-intérêts faite par avance ». Art. 420, al. 1 et 3 (traduc. Motono et Tomii, p. 104).

la peine » (1). L'art. 1231 suppose, bien entendu, que le créancier a accepté l'exécution partielle, car, aux termes de l'art. 1244, 1er al., le débiteur n'aurait pas pu la lui imposer. L'art. 1231 suppose encore que l'exécution partielle a procuré quelque utilité au créancier. Ainsi un vigneron s'est engagé envers moi à façonner deux hectares de vignes à peine de 2.000 francs de dommages-intérêts; s'il a façonné un hectare, il est juste que la peine soit diminuée proportionnellement, par conséquent de moitié, puisqu'il y a inexécution pour moitié seulement, car l'exécution partielle m'a été profitable.

Mais on conçoit qu'il n'y a pas lieu de diminuer la peine à raison de l'exécution partielle, si cette exécution n'a procuré aucun profit au créancier, par exemple s'il s'agit d'un peintre qui a promis, sous une peine, de peindre un tableau et qui a laissé son travail inachevé (2).

1351. On conçoit de même que l'importance de la réduction pourrait être inférieure à celle de l'exécution partielle, si le profit qui a été procuré au créancier n'était pas proportionnel à cette exécution (3).

Au reste, lorsque le juge se prononce pour la réduction, il doit la calculer, non pas d'après la valeur que l'exécution partielle a en elle-même, mais d'après celle que les parties ont attachée à l'exécution totale (4).

D'autre part, s'il a le droit de modérer la peine quand l'obligation principale a été exécutée pour partie, il ne peut pas, dans ce cas, refuser complètement d'appliquer la clause pénale, faute par le créancier de justifier que l'inexécution partielle lui a causé un préjudice réel (5).

Si, au moment du contrat, les parties avaient arrêté elles-

(1) V. Bruxelles, 6 nov. 1882, *Pasicrisie*, 83. 2. 163; Gand, 18 juill. 1885, *Pasicrisie*, 85. 2. 382; Liège, 23 janv. 1890, *Pasicrisie*, 90. 2. 176.

(2) Les juges du fond jouissent d'un pouvoir souverain d'appréciation dans l'exercice de la faculté, que leur reconnaît l'art. 1231, de réduire le montant de la peine. Req., 23 mai 1898, S., 99. 1. 348, D. P., 98. 1. 272.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 350; Duranton, XI, n. 358; Colmet de Santerre, V, n. 168 *bis*-I; Larombière, IV, p. 34 (art. 1231, n. 7); Demolombe, XXVI, n. 670; Laurent, XVII, n. 454-455.

(4) Demolombe, XXVI, n. 671.

(5) *Sic* Huc, VII, n. 379. — Gand, 18 juill. 1885, P., 85. 2. 382. — *Contra* Bruxelles, 12 mars 1869, *Belg. judic.*, 69. 681.

mêmes les bases d'après lesquelles la réduction devrait avoir lieu au cas d'inexécution partielle, le juge serait tenu d'appliquer sur ce point la convention [1].

Les parties peuvent, d'ailleurs, valablement convenir que, même au cas d'exécution partielle, la peine ne pourra pas être diminuée par le juge et que le débiteur ne pourra s'y soustraire que par l'exécution totale. La disposition de l'art. 1231 n'est pas d'ordre public. Il faut donc appliquer ici le principe posé dans le 1er alinéa de l'art. 1134 [2].

1352. La règle que le juge ne peut pas modifier le montant de la peine comporte une seconde exception qui découle de la loi du 3 septembre 1807. Cette loi disposant que l'intérêt conventionnel ne doit pas, en matière civile, dépasser le taux de 5 p. 100, la peine que l'on stipule accessoirement à l'obligation naissant du prêt d'une somme d'argent, ne peut pas égaler des intérêts supérieurs à ce taux, et, par conséquent, si les parties ne se sont pas conformées à cette règle, le juge doit réduire la peine [3]. En effet, d'une part, la prohibition contenue dans la loi du 3 septembre 1807 est d'ordre public, et, d'autre part, la peine suivant les principes posés plus haut, n'est autre chose, dans notre hypothèse, qu'une évaluation anticipée des dommages-intérêts moratoires, lesquels, dans les obligations de sommes d'argent, ne doivent jamais excéder l'intérêt légal. Art. 1153, al. 1 [4].

1353. La loi du 27 décembre 1890, qui est venue compléter l'art. 1780 C. civ., peut être considérée comme ayant apporté une troisième exception à notre principe, en ce qui concerne la résiliation du louage de travail. L'alinéa 5 de cet article décide que les parties ne pourront pas renoncer à

[1] Larombière, art. 1231, n. 7; Demolombe, XXVI, n. 671 *bis*. — Civ. cass., 4 juin 1860, S., 60. 1. 653. — Pau, 10 janv. 1861, S., 61. 2. 181, D. P., 61. 2. 33.

[2] *Sic* Toullier, VI, n. 839; Massé et Vergé, sur Zachariæ, III, § 552, note 12; Demolombe, XXVI, n. 672; Laurent, XVII, n. 456. — Civ. cass., 4 juin 1860, précité. — Paris, 20 fév. 1884, *Gaz. Pal.*, 84. 1. 853. — *Contra* Rouen, 10 fév. 1854, *Rec. arr. Caen et Rouen*, 54. 2. 130.

[3] Il en était de même en matière commerciale, avant la loi du 12 janvier 1886, lorsque les dommages-intérêts représentés par la peine étaient supérieurs au taux de 6 p. 100.

[4] Duranton, IX, n. 342; Larombière, IV, p. 37 (art. 1231, n. 12, al. 1); Demolombe, XXVI, n. 655; Laurent, XVII, n. 453.

l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts. Peut-on, nonobstant cette disposition, fixer par anticipation l'indemnité qui sera due en cas de rupture du contrat? La question est discutée (1). Si l'on se prononce pour l'affirmative, comme le fait la jurisprudence, il faut, du moins, décider qu'une pareille convention ne peut être valable que si les parties ne se sont pas proposé, en fixant un chiffre dérisoire, d'éluder la prohibition contenue dans l'art. 1780, al. 5. Il s'ensuit que les juges ont le pouvoir d'examiner si l'indemnité fixée à l'avance est sérieuse et, pour le cas où il n'en serait pas ainsi, d'allouer des dommages-intérêts par eux arbitrés (2).

1354. Lorsque la peine a été stipulée comme réparation d'un ou de plusieurs préjudices déterminés dans la convention, le créancier, s'il subit un préjudice non prévu, a droit à des dommages-intérêts qu'il appartient au juge d'arbitrer et qui pourront être, en conséquence, inférieurs ou supérieurs à la peine. Mais ce n'est pas là une exception au principe de l'art. 1151. A vrai dire, on n'est pas alors dans l'hypothèse visée par ce texte. Notre solution suppose, non pas que le juge peut augmenter ou diminuer la peine, mais seulement qu'il ne peut pas l'appliquer à un cas pour lequel on ne l'a pas stipulée (3).

1355. Si les parties n'ont stipulé une clause pénale que sous réserve de plus amples dommages-intérêts, le créancier peut, en justifiant que le préjudice causé par l'inexécution excède le montant de la peine, obtenir une indemnité plus forte. Mais le juge ne peut, en aucune hypothèse, réduire la peine (4).

(1) V. pour la validité, Trib. comm. Seine, 9 sept. 1892, S., 93. 2. 63, D. P., 93. 2. 545. — En sens contraire la note sous ce jugement dans le *Recueil* de Sirey.

(2) Aix, 3 mars 1897, S., 97. 2. 140. — V. aussi la note de M. Planiol dans Dalloz, sous le jugement du 9 septembre 1892, précité.

(3) Larombière, IV, p. 33 (art. 1231, n. 4). — « Si une telle stipulation a en vue le simple retard et se tait sur l'inexécution, ou réciproquement, le préjudice résultant de celle des deux hypothèses qui n'a pas été prévue, n'ayant pas été réglé par la convention, il appartient au juge de l'apprécier et d'arbitrer la somme des dommages-intérêts. Req., 13 juillet 1899, S., 99. 1. 464, D. P., 99. 1. 524.

(4) Larombière, IV, p. 34 (art. 1231, n. 6).

§ II. *Des caractères de la clause pénale.*

1356. Nous ramènerons à trois les caractères de cette clause :

1° C'est une stipulation accessoire.

2° C'est un règlement des dommages-intérêts.

3° C'est un règlement convenu, entre les parties, par anticipation et à forfait.

1357. I. Le caractère accessoire de la clause pénale résulte à l'évidence de la double fonction que nous lui avons reconnue. Etant destinée à assurer l'exécution d'une convention, comme aussi, en cas d'inexécution de celle-ci, à soustraire la fixation des dommages-intérêts à l'arbitraire du juge, elle se rattache nécessairement à cette convention par le lien qui unit l'accessoire au principal. L'art. 1227 ne fait que déduire une double conséquence de ce principe quand il dispose : « *La nullité de l'obligation principale entraîne celle de l'obli-* » *gation pénale. La nullité de celle-ci n'entraîne point celle* » *de l'obligation principale* » (1).

Le principal pouvant subsister sans l'accessoire, il allait de soi que la nullité de la clause pénale ne devait pas entraîner celle de l'obligation principale à laquelle elle se rattache. En pareil cas, la clause pénale sera réputée non écrite, et les dommages-intérêts, auxquels pourra donner lieu l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'obligation, seront réglés conformément au droit commun (2).

Au contraire, l'accessoire ne pouvant pas subsister sans le principal, il s'ensuivait que la nullité de l'obligation principale devait entraîner celle de la clause pénale (3). Ainsi serait nulle la clause pénale destinée à assurer l'exécution d'une promesse de mariage (dédit de mariage); car une semblable promesse n'est pas obligatoire (4).

(1) Il résulte du même principe que lorsque l'obligation principale est conditionnelle, il en est de même de la clause pénale. Paris, 13 nov. 1888, D. P., 90. 2. 238.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 339. — Paris, 8 juil. 1882, D. P., 83. 2. 93. — Paris, 27 juin 1889, D. P., 90. 2. 206.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 339 (édit. Dupin, I, p. 186).

(4) Aubry et Rau, IV, p. 113; Laurent, XVII, n. 428; Huc, VII, n. 368, p. 491. — Cpr. Trib. Seine, 28 nov. 1887, *Le Droit* du 7 janv. 1888. — Voir d'autres

De même, il n'est pas douteux que la clause pénale tomberait si la convention principale était résiliée [1].

1358. Cependant, d'après la plupart des auteurs le principe que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale souffrirait trois exceptions :

La première aurait lieu lorsque la nullité de l'obligation principale, à laquelle se rattache la clause pénale, est fondée sur le défaut d'intérêt du créancier et, par suite, sur son défaut d'action ; car alors la clause pénale purgerait le vice dont l'obligation est atteinte, en faisant apparaître l'intérêt ; de sorte que, par une inversion des règles ordinaires, la clause pénale donnerait la vie à l'obligation principale, au lieu de la recevoir d'elle [2]. Ainsi la stipulation pour autrui, que l'art. 1119 déclare nulle pour défaut d'intérêt du créancier, deviendrait valable lorsqu'elle est accompagnée d'une clause pénale [3].

La deuxième exception aurait lieu lorsque la nullité de l'obligation principale tient au défaut de lien, ce qui arrive relativement aux promesses pour autrui : une semblable promesse, que l'art. 1119 déclare nulle parce qu'elle n'oblige personne, deviendrait valable quand celui qui l'a faite s'est engagé par une clause pénale à quelque chose en cas d'inexécution [4]. La nullité de la promesse pour autrui résulte de

applications dans Paris, 23 déc. 1831, S., 32. 2. 57, D. P., 32. 2. 249. — Civ. cass., 4 janv. 1853, S., 53. 1. 111, D. P., 53. 1. 5. — Civ. rej., 13 janv. 1879, D. P., 79. 1. 77. — Bruxelles, 18 mai 1887, D. P., 88. 2. 38. — Dijon, 27 mai 1892, D. P., 93. 2. 183. — Cpr. Bordeaux, 4 mars 1885, *Journ. arr. Bordeaux*, 1885, p. 107, et aussi Req., 26 juin 1882, D. P., 83. 1. 70. — Limoges, 23 mai 1888, D. P., 90. 2. 78.

[1] Laurent, XVII, n. 441. — Sect. req., 10 fév. 1825, S. chr., VIII, 1. 43. — Dalloz, *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1618-2°.

[2] M. Laurent, par exemple, s'exprime ainsi : « Voilà comment *la clause pénale valide l'obligation principale, qui, sans la peine, eût été nulle* », XVII, n. 429, p. 430.

[3] Pothier, *Oblig.*, n. 340; Merlin, *Répert.*, v° *Peine contractuelle;* Delvincourt, II, p. 518; Duranton, XI, n. 330; Marcadé, IV, n. 650; Colmet de Santerre, V, n. 163 *bis*-I; Aubry et Rau, IV, p. 113, texte et note 3; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 375; Demolombe, XXVI, n. 641; Larombière, IV, p. 11 art. 1227, n. 6 ; Laurent, XVII, n. 429; Thiry, III, n. 36, p. 52; Planiol, II, n. 1288. — Cpr. *Instit.*, *De inutil. stipul.*, § 19 (3. 19).

[4] M. Demolombe dit à ce sujet : « Mon obligation, inutile d'abord, *devient utile par cette clause pénale* qui fait plus alors que d'en resserrer le lien puisqu'*elle le*

ce que le stipulant n'a pas d'action contre le promettant. Or, l'addition d'une clause pénale aurait pour effet de lui en donner une et, par conséquent, de rendre la convention valable (1).

Enfin, la dernière exception se produirait lorsque la nullité de l'obligation principale donne lieu à des dommages-intérêts. Ainsi la vente de la chose d'autrui, quoique nulle et précisément parce qu'elle est nulle, peut donner lieu à des dommages-intérêts au profit de l'acheteur de bonne foi. Art. 1599. Rien n'empêcherait les parties de fixer le montant de ces dommages-intérêts en stipulant une peine (2).

1359. A notre avis, dans aucune des trois hypothèses dont nous venons de parler, il n'y a exception au principe que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.

Dans le cas de la stipulation pour autrui et dans celui de la promesse pour autrui, il est impossible qu'il y ait clause pénale. La convention par laquelle les parties stipulent une prestation en vue du cas où la stipulation ou la promesse pour autrui ne serait pas exécutée, engendre, non point une clause pénale, mais une obligation principale. Cette obligation est soumise, il est vrai, à la condition que la stipulation ou la promesse pour autrui ne sera pas exécutée; mais elle ne constitue pas pour cela une obligation accessoire. C'est une obligation principale et conditionnelle (3).

On s'exprime fort mal en disant qu'ici, par un renversement des principes, c'est la clause pénale qui communique sa validité à la stipulation ou à la promesse pour autrui au

crée et le constitue », XXVI, n. 640. C'est là une de ces formules qui, nous allons le voir, ne peuvent résister à une analyse rigoureuse.

(1) Pothier, *ibid.;* Colmet de Santerre, V, n. 163 *bis*-II; Demolombe, *loc. cit.;* Laurent, XVII, n. 429 *in fine.* — Cpr. Civ. cass., 14 juill. 1869, S., 69. 1. 411.

(2) Duranton, XI, n. 328; Duvergier, *Vente,* n. 229; Troplong, *Vente,* n. 330; Massé et Vergé, sur Zachariæ, III, § 552, p. 406, note 2; Sebire et Carteret, v° *Clause pénale,* n. 16 et 17; Colmet de Santerre, V, n. 163 *bis*-III; Aubry et Rau, IV, p. 113, note 4; Larombière, IV, p. 11 (art. 1227, n. 6); Demolombe, XXVI, n. 642; Laurent, XVII, n. 430; Thiry, III, n. 36, p. 52; Huc, VII, n. 368 *in fine.* — Req., 17 mars 1825, S. chr., VIII, 1. 8.

(3) V. I, n. 153. — Sur la différence entre la clause pénale et l'obligation conditionnelle, v. *infra,* n. 1362.

lieu de lui emprunter la sienne. Dans le cas où il y a, d'après les auteurs, une clause pénale ajoutée à une stipulation pour autrui, ni le créancier, ni le tiers au profit duquel il a stipulé ne pourraient contraindre le promettant à exécuter la prétendue obligation principale. Et, dans le cas où il y a, dit-on, promesse pour autrui accompagnée d'une clause pénale, le tiers dont le fait a été promis n'est certainement pas tenu d'accomplir celui-ci. La vérité, c'est que la seule obligation qui prenne naissance alors, est celle qu'on prétend découler d'une clause pénale.

En un mot, la convention par laquelle le promettant s'engage à fournir une certaine prestation si la stipulation ou la promesse pour autrui n'est pas exécutée n'a point le caractère de clause pénale, car le créancier ne peut pas, s'il le préfère, exiger à la place de la prétendue peine l'exécution d'une obligation principale (1).

Quant à l'exception qui aurait lieu relativement à la clause pénale ajoutée à la vente de la chose d'autrui, il faut, pour se prononcer à son sujet, avoir préalablement pris parti sur le sens et la portée de cette disposition de l'art. 1599 du Code civil : « *La vente de la chose d'autrui est nulle* ». Ce n'est pas ici le lieu de discuter les diverses théories qui ont été enseignées en ce qui regarde l'interprétation de ce texte (2).

1360. Le caractère accessoire de la clause pénale nous permettra de distinguer l'obligation qu'elle engendre de plusieurs autres espèces d'obligations (3).

Il importe, en premier lieu, de ne pas confondre l'obligation sous clause pénale avec l'obligation alternative.

En règle générale, que l'obligation soit alternative ou sous clause pénale, il y a deux choses dont l'une seulement doit être prestée (4). Là s'arrête le rapport; voici la différence :

(1) V. dans ce sens Larombière, IV, p. 11 (art. 1227, n. 6); Huc, VII, n. 368 *in fine* et n. 369. — V. aussi notre tome Ier, n. 153.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 116-119 et les autorités citées. — *Adde* Planiol, II, n. 1473 s.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 113, note 1.

(4) Nous disons qu'il en est ainsi en règle générale, car, dans le cas de l'obligation sous clause pénale, il est possible que les deux choses soient dues à la fois; c'est en effet ce qui arrive lorsque la peine a été stipulée pour le simple retard

Quand l'obligation est alternative, elle a le caractère d'obligation unique, mais elle comprend les deux choses, bien qu'une seule de ces dernières puisse devenir son objet définitif. Il s'ensuit que, si l'une des choses vient à périr par cas fortuit, l'obligation n'en subsiste pas moins, puisqu'elle a toujours un objet. Au contraire, dans le cas de l'obligation sous clause pénale, chacune des deux choses est l'objet d'une obligation différente. Ainsi, l'on trouve, dans ce cas, deux obligations, et il y a cette particularité essentielle que l'une d'elles est principale et pure et simple, tandis que l'autre est accessoire et éventuelle, sa naissance étant subordonnée à l'inexécution de la première. Si donc la chose, objet de l'obligation principale, est détruite par un cas fortuit, cette obligation s'éteint, et l'autre disparaît aussi, par voie de conséquence, à raison de son caractère accessoire (1).

1361. On peut aussi, à un certain point de vue, rapprocher l'obligation sous clause pénale de l'obligation facultative, car toutes deux n'ont pour objet qu'une chose unique, et s'éteignent par suite, l'une et l'autre, si cette chose périt par cas fortuit. Mais il existe entre elles une différence très importante. Dans l'obligation facultative, le débiteur peut offrir au créancier, à la place de la chose qui est *in obligatione*, celle qui est *in facultate solutionis*. Dans l'obligation sous clause pénale, au contraire, il ne peut pas contraindre le créancier à recevoir, au lieu de l'objet de l'obligation principale, le montant de la peine, car celle-ci n'est due que d'une façon accessoire, c'est-à-dire si l'obligation principale n'est pas exécutée, et le créancier a toujours le droit d'exiger l'exécution de cette obligation, lorsqu'elle est possible (2).

dans l'exécution, et que le débiteur, constitué en demeure, a, en fait, différé d'exécuter.

(1) Duranton, XI, n. 324 ; Colmet de Santerre, V, n. 162 *bis*-II; Demolombe, XXVI, n. 645; Laurent, XVII, n. 432; Thiry, III, n. 38; Huc, VII, n. 371.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 162 *bis*-II ; Demolombe, XXVI, n. 646 ; Laurent, XVII, n. 433 ; Thiry, III, n. 38, p. 58 ; Huc, *loc. cit.* — Ici encore, il existe une différence particulière quand la peine a été stipulée pour le cas de simple retard dans l'exécution : le créancier peut demander alors et l'objet de l'obligation principale et celui de la clause pénale, tandis que, dans l'obligation facultative, il ne peut jamais réclamer que la chose *in obligatione*. Laurent, *loc. cit.*

1362. Enfin l'obligation avec clause pénale ressemble aussi à l'obligation conditionnelle, surtout quand cette dernière a été contractée sous la condition que le débiteur n'accomplira pas un fait dépendant de sa volonté : « Je m'engage envers vous à faire tel ouvrage ; si je ne remplis pas cet engagement, je vous promets mille francs ». Ici, il y a obligation avec clause pénale. Autre espèce : « Si je ne fais pas pour vous tel ouvrage, je vous promets mille francs ». Dans ce cas l'obligation est conditionnelle, et n'est pas accompagnée de la stipulation d'une peine. On ne peut pas méconnaître qu'il existe de l'analogie entre les deux hypothèses ; mais il ne faut pas exagérer cette analogie ; elle est plus apparente que réelle. Quand le débiteur promet sous clause pénale, il se forme immédiatement une obligation pure et simple, et, par conséquent, le créancier a, d'ores et déjà, une action. L'engagement de payer la peine est, il est vrai, conditionnel, mais il constitue seulement une obligation accessoire, et l'on ne conçoit même pas que la modalité qui l'affecte puisse s'étendre à l'obligation principale. Il en est autrement quand le débiteur promet conditionnellement : le créancier n'acquiert alors qu'un droit éventuel et incertain. De plus, quand une personne s'engage sous la condition de non accomplissement d'un fait dépendant de sa volonté, elle a le droit de s'abstenir de ce fait, sauf à devenir ainsi débiteur pur et simple. Lors, au contraire, qu'elle s'oblige sous clause pénale, elle n'est pas libre de réaliser la condition à laquelle est subordonnée la dette de la peine, puisqu'elle n'est pas libre de ne pas exécuter l'obligation principale [1].

1363. II. La clause pénale, avons-nous dit en second lieu, est une fixation des dommages-intérêts.

Aux termes de l'art. 1229 al. 1 : « *La clause pénale est la* » *compensation* [c'est-à-dire la *représentation, l'estimation*], » *des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexé-* » *cution de l'obligation principale* ».

1364. De là résultent plusieurs conséquences :

[1] Colmet de Santerre, V, n. 162 *bis*-II ; Larombière, IV, p. 14 (art. 1228, n. 5) ; Demolombe, XXVI, n. 648 ; Laurent, XVII, n. 431 ; Thiry, III, n. 38, p. 58 ; Huc, VII, n. 370.

a. — La première est déduite par l'alinéa 2 de l'art. 1229 : « *Il [le créancier] ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard* ».

Lorsque la peine a été stipulée à raison de l'inexécution, le créancier ne peut pas demander le principal et la peine tout à la fois : ce serait un double emploi, puisque la peine est l'équivalent de l'exécution. Il en est autrement, lorsque la peine a été stipulée pour le simple retard; car, alors, elle est la compensation du préjudice causé par le retard, et elle doit, pour atteindre son but, être allouée sans préjudice du principal. Il y a donc grand intérêt à savoir si la peine a été stipulée à raison de l'inexécution ou à raison du retard : c'est une question de fait, dont la solution, en cas de difficulté, rentre dans le domaine du juge. La plupart du temps la comparaison de l'importance relative de la peine et du principal ne permettra guère de doute. La peine, dont le montant est égal ou à plus forte raison supérieur à la valeur du principal, aura presque toujours été stipulée à raison de l'inexécution; celle dont le montant est très minime par rapport à celui de l'obligation principale, l'aura certainement été à raison du simple retard [1].

1365. Il arrive quelquefois que deux clauses pénales sont stipulées, l'une pour le cas d'inexécution, l'autre pour le cas de retard dans l'exécution. Il appartient alors au juge, en cas de contestation sur ce point, de décider laquelle des deux clauses est applicable ou même si elles ne doivent pas être appliquées cumulativement [2].

1366. Quand le créancier obtient la résolution du contrat pour cause d'inexécution des obligations du débiteur, la clause pénale stipulée pour le cas de simple retard tombe par là même comme n'ayant plus d'objet; car, par l'effet de la résolution, la convention est réputée n'avoir jamais existé, et, par suite, il ne peut être question d'indemnité pour retard apporté

(1) Duranton, XI, n. 343 ; Colmet de Santerre, V, n. 166 *bis*-II ; Aubry et Rau, IV, p. 114 ; Demolombe, XXVI, n. 657 ; Laurent, XVII, n. 459. — Cpr. Req., 27 janvier 1855, S., 56. 1. 42, D. P., 56. 1. 318.

(2) Req., 28 janv. 1874, S., 74. 1. 213, D. P., 74. 1. 387.

à son exécution. Mais, incontestablement, le juge peut, dans cette hypothèse, allouer des dommages-intérêts fondés sur le préjudice que le débiteur a causé au créancier en le mettant dans la nécessité de demander la résolution (1).

1367. *b.* — Le créancier doit mettre le débiteur en demeure pour lui faire encourir la peine; car les dommages et intérêts soit compensatoires, soit moratoires, ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure. Art. **1146.** C'est ce que dit l'art. **1230** : « *Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle* » *ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accom-* » *plie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est* » *obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en de-* » *meure* » (2).

Il faut en conclure que si l'obligation principale est affectée d'un terme, le débiteur ne peut pas, avant l'échéance de celui-ci, encourir la peine, puisque la mise en demeure n'est pas encore possible. Peu importerait même qu'il fût d'ores et déjà certain que le débiteur ne pourra pas exécuter l'obligation principale.

En matière de clause pénale, la demeure du débiteur résulte, comme pour les dommages-intérêts en général, soit de l'interpellation adressée au débiteur par le créancier (3),

(1) Laurent, XVII, n. 460. — Req., 8 juill. 1873, D. P., 74. 1. 56. — Cpr. Req., 28 janv. 1874, précité.

(2) Spécialement sur la nécessité d'une mise en demeure quand il s'agit de clauses pénales stipulées dans des marchés de travaux publics, pour le cas de retard dans l'achèvement des ouvrages, V. conseil d'Etat, 4 août 1870, S., 73. 2. 62, D. P., 72. 3. 27, Lebon, 1870, p. 1009; 12 nov. 1880, D. P., 81. 5. 380; 18 mai 1888, D. P., 89. 3. 80; 16 mai 1890, D. P., 91. 3. 104. — Pour l'application du même principe dans d'autres matières, V. Caen, 11 mars 1857, *Rec. arr. Caen et Rouen*, 1867, 1, p. 132. — Trib. Marseille, 27 janv. 1887, *Rec. arr. Aix*, 1888, p. 220.

(3) Il a été jugé que l'assignation en paiement de la peine constitue une interpellation judiciaire équivalant à une mise en demeure. — Req., 18 avril 1877, D. P., 77. 1. 395. — Il a été également décidé que, lorsqu'un directeur de théâtre résilie arbitrairement l'engagement intervenu entre lui et un artiste, l'acte équivalant à sommation, que doit faire ce dernier, conformément à l'art. 1139, pour rendre applicable la clause pénale stipulée dans ledit engagement, peut consister dans une protestation formulée par lui, en pays étranger, devant le consul de France, et signifiée par cet agent au directeur. Req., 2 déc. 1879, D. P., 80. 1. 266. — Nous ne saurions approuver l'arrêt par lequel la cour de Toulouse a jugé que l'exploit signifié par le créancier au débiteur pour prendre acte de l'inexécution de l'obligation dans le délai convenu n'équivaut pas à la sommation d'exécuter,

soit d'une convention spéciale (1), soit d'une disposition légale.

Au surplus, par les premiers mots de l'art. **1230**, le législateur a pris soin de rappeler, à propos de la clause pénale, qu'il repoussait la règle *Dies interpellat pro homine*. Ainsi la condition de la demeure est exigée même au cas où le terme, dont l'obligation principale était affectée, est arrivé à échéance.

1368. Quand le débiteur refuse expressément d'exécuter l'obligation, il y a, de sa part, reconnaissance de l'inexécution, et cette déclaration équivalant à la sommation exigée par la loi, le créancier n'est pas tenu d'interpeller le débiteur. Mais il faut, pour que cette solution soit exacte, qu'il y ait refus proprement dit, c'est-à-dire que le débiteur déclare ne pas vouloir et non pas ne pas pouvoir exécuter (2).

1369. Le législateur prescrit notamment la mise en demeure quand la clause pénale garantit l'exécution de l'obligation de *prendre*. Cette obligation, dont il parle pour la première fois dans l'art. **1230**, est celle de prendre livraison de la chose. On conçoit que le débiteur puisse avoir intérêt à ce que le créancier prenne livraison à l'époque convenue, et qu'il ait stipulé une peine pour le cas où le créancier serait en défaut sur ce point. Toutefois, comme l'obligation de prendre est en réalité une obligation de faire, le législateur pouvait se dispenser de la mentionner d'une façon spéciale (3).

nécessaire pour la mise en demeure, et que, par conséquent, elle ne rend pas exigible la clause pénale ajoutée à l'obligation. Toulouse, 9 janv. 1872, D. P., 73. 1. 219.

(1) Paris, 26 août 1858, D. P., 60. 5. 381. — Cpr. Trib. de Namur, 3 avril 1873, *Pasicrisie*, 73. 3. 144.

(2) *Sic* Laurent, XVII, n. 437. — Cpr. Demolombe, XXVI, n. 681 *bis;* Larombière, IV, p. 26 (art. 1230, n. 1). — Req., 28 fév. 1865, S., 65. 1. 108, D. P., 65. 1. 420. — M. Laurent critique avec raison les motifs invoqués dans cet arrêt : la cour suprême devait, pour justifier sa décision, s'appuyer sur le principe écrit dans l'art. 1230, et non pas admettre une exception à ce principe, *loc. cit.* — On peut adresser le même reproche à un autre arrêt par lequel la cour de cassation a jugé que la mise en demeure n'est pas applicable au cas où le créancier se plaint, non pas d'un retard dans l'exécution de l'obligation, mais de l'impossibilité de cette exécution. — Req., 28 janv. 1874, S., 74. 1. 213, D. P., 74. 1. 387. — V. Laurent, XVII, p. 436, note 1.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 167 *bis*-II; Demolombe, XXVI, n. 684; Laurent, XVII, n. 434.

1370. Il n'est pas question, dans l'art. **1230**, des obligations de ne pas faire. Cela s'explique par cette considération que, pour ces obligations, les dommages-intérêts sont dus par le seul fait de la contravention, ou, si l'on préfère, que la contravention emporte, de plein droit, mise en demeure. C'est ce que dit l'art. **1145**, qui est certainement applicable à l'indemnité fixée par anticipation sous forme de peine [1].

Même quand il s'agit d'une obligation de donner ou de faire, il est une hypothèse où le débiteur se trouve également de plein droit constitué en demeure ; c'est lorsque la chose qu'il « s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait » être donnée ou faite dans un certain temps qu'il a laissé » passer ». En effet, l'art. **1146**, comme l'art. **1145**, s'applique à la clause pénale tout aussi bien qu'aux dommages-intérêts accordés par le juge [2].

1371. Par l'effet de la mise en demeure, le créancier acquiert un droit définitif à exiger la peine. Mais, si le juge ne peut pas, après la mise en demeure, empêcher l'application de la clause pénale, il peut, du moins, conformément à l'art. **1244**, accorder au débiteur un ou plusieurs délais de grâce. Toutefois, s'il use de cette faculté, les choses devant, d'après l'art. **1244**, *demeurer en l'état,* l'effet de la mise en demeure ne saurait être anéanti, et, par suite, le créancier pourra, à l'expiration des délais de grâce, demander, à son choix, soit l'exécution de l'obligation principale, soit celle de la clause pénale [3].

[1] Larombière, IV, p. 28 (art. 1230, n. 5) ; Demolombe, XXVI, n. 685 ; Laurent, XVII, n. 436 ; Thiry, III, n. 36, p. 53. — Douai, 5 nov. 1840, *Rec. arr. Douai,* V, p. 46. — Rennes, 9 nov. 1861, S., 62. 2. 250 ; Dalloz, *Suppl. au Rép. alph.,* v° *Oblig.,* n. 662, note 1. — Douai, 7 déc. 1881, S., 83. 2. 184, D. P., 82. 2. 112.

[2] Larombière, IV, p. 26 (art. 1230, n. 1) ; Demolombe, XXVI, n. 686 ; Laurent, XVII, n. 437 ; Liège, 16 avril 1859, *Passicr.,* 1860. 2. 146. — Bourges, 14 nov. 1900, S., 1900. 2. 8.

[3] Si l'on refusait au débiteur, à raison de la clause pénale, le droit d'obtenir des délais de grâce, on considèrerait par là même cette clause comme impliquant une renonciation valable au bénéfice de l'art. 1244 ; or une pareille renonciation serait nulle, la disposition de cet article étant d'ordre public ; mais, d'autre part, si la concession d'un délai par le juge enlevait au créancier le droit de demander la peine, il ne serait plus vrai de dire que toutes choses demeurent en l'état, comme le veut l'art. 1244 ; Demolombe, XXVI, n. 683.

1372. *c.* La clause pénale, n'étant qu'une représentation des dommages-intérêts, n'est applicable que lorsque l'inexécution ou le retard dans l'exécution est imputable au débiteur. La peine n'est donc pas encourue quand l'inexécution ou le retard provient d'un cas fortuit ou de force majeure. Arg. art. 1148.

Il en est de même à plus forte raison lorsque c'est un fait du créancier qui a empêché le débiteur de tenir son engagement [1].

1373. III. Enfin, le troisième caractère que nous croyons devoir noter dans la clause pénale est le suivant : le règlement des dommages-intérêts qui la constitue est convenu, entre les parties, par anticipation et à forfait.

Ce principe engendre également plusieurs conséquences :

1° En supposant que, d'une part, le fait de l'inexécution ou du retard dans l'exécution est prouvé, et, d'autre part, que le débiteur a été mis en demeure, le créancier n'a pas besoin, pour avoir droit à la peine, d'établir l'importance du préjudice qu'il a subi, ni même l'existence, à son égard, d'un préjudice quelconque [2].

[1] Code civil portugais, art. 677 : « La peine ne pourra devenir effective si le débiteur a été empêché d'exécuter son obligation par le fait du créancier, par cas fortuit, ou par force majeure » (traduc. Lepelletier). Cette application des principes ne peut pas faire l'objet d'une difficulté ; un législateur peut donc se dispenser de la formuler.

[2] On a cependant soutenu que le créancier ne peut pas réclamer la peine s'il n'a subi aucun préjudice. Ce serait là une conséquence de cette idée que la peine est la représentation des dommages-intérêts et que, par suite, pas plus que ces derniers, elle ne peut être due en l'absence d'un préjudice. D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1595. Cette doctrine nous paraît inconciliable avec la disposition de l'art. 1152. Puisqu'il n'appartient pas au juge de réduire la peine, fût-elle très supérieure au montant du dommage réellement subi et alors même que celui-ci serait absolument insignifiant, comment le juge pourrait-il écarter complètement l'application de la clause pénale pour cause d'absence de préjudice? Le règlement à forfait exclut définitivement l'intervention des tribunaux quant à la fixation du chiffre des dommages-intérêts. Il fait naître, du consentement des parties, cette présomption irréfragable que l'inexécution ou le retard dans l'exécution causera nécessairement un préjudice, et que ce préjudice aura, nécessairement aussi, l'importance déterminée d'avance. — *Sic* Larombière, IV, n. 32 (art. 1231, n. 2) ; Demolombe, XXVI, n. 664 ; Huc, VII, n. 378. — Bruxelles, 11 janv. 1884, P., 84. 2. 87. — Paris, 15 nov. 1887, *Pand. franç. pér.*, 88. 2. 309. — Trib. Versailles, 6 fév. 1889, *Pand. franç. pér.*, 89. 2. 192. — On peut, il est vrai, présenter l'objection d'une façon plus saisissante en disant que si le créancier n'a éprouvé aucun dommage,

2° Le créancier, quelle que soit la gravité du dommage causé par l'inexécution ou le retard dans l'exécution, n'est pas recevable à demander une indemnité supérieure à la peine. *Adde* arg. art. **1152** (1).

3° De son côté, le débiteur ne peut pas conclure à une réduction ou à un refus complet de celle-ci, en se fondant sur ce que le préjudice subi par le créancier est inférieur aux dommages-intérêts fixés d'avance par les parties ou sur ce que l'inexécution n'a causé au créancier aucun préjudice (2). *Adde* arg. du même article.

§ III. *Des cas où il y a indivisibilité de l'obligation principale ou de l'obligation pénale* (3).

1374. Cette circonstance qu'il y a plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers et que l'objet de l'obligation principale ou de l'obligation accessoire est indivisible, fait naître certaines questions, dont quelques-unes seulement ont été résolues par le législateur.

l'obligation de payer la peine est nulle faute de cause. Mais, à notre avis, cette proposition est absolument inexacte. Il y a eu entre les parties un règlement à forfait. Chacune d'elles, pour échapper à l'arbitraire du juge, a accepté une certaine fixation des dommages-intérêts. Au moment où elles ont fait cette convention, elles y avaient, l'une et l'autre, un intérêt aléatoire et éventuel, car elles ne pouvaient pas savoir à laquelle des deux ce règlement profiterait. Le débiteur s'est engagé à le respecter en retour de l'obligation que le créancier a lui-même contractée de le respecter également. Cette dernière obligation est la cause de l'engagement pris par le débiteur. On voit qu'il est facile de répondre à l'objection si l'on part de cette idée, dont la justesse ne nous paraît pas contestable, que la stipulation d'une clause pénale est une convention synallagmatique et aléatoire. D'ailleurs, si l'on prétend que la clause pénale manque complètement de cause lorsque le créancier n'éprouve aucun dommage, il faut logiquement admettre qu'elle en est dépourvue dans une certaine mesure dès que l'importance du préjudice n'égale pas celle de la peine. Or, dans cette dernière hypothèse, quelle que soit la différence, il résulte de l'art. 1152 que la clause pénale doit être appliquée intégralement. La véritable cause de l'obligation de payer la peine n'est donc pas l'existence d'un préjudice correspondant à celle-ci.

(1) Il convient cependant de faire exception à cette règle dans le cas où il y a eu dol de la part du débiteur. — Aubry et Rau, IV, p. 114.

(2) Ainsi le débiteur objecterait en vain qu'à raison de faits postérieurs à la mise en demeure, l'exécution de l'obligation ne présente plus aucun intérêt pour le créancier. — Paris, 13 nov. 1888, D. P., 90. 2. 238.

(3) Les articles 1232 et 1233 auraient été certainement mieux placés dans la section qui traite des obligations divisibles et indivisibles (section V de notre titre).

Le Code ne prévoit pas le cas où le débiteur unique meurt après avoir encouru la peine et laisse plusieurs héritiers. C'est qu'il suffit alors d'appliquer le droit commun, c'est-à-dire les règles qui gouvernent la divisibilité et l'indivisibilité des obligations. Si l'objet de l'obligation principale est indivisible, il peut être demandé pour le tout à chacun des héritiers du débiteur. Mais la peine, si elle est divisible (ce qui est le cas très ordinaire), ne peut jamais être réclamée à l'un d'entre eux que pour sa part et portion; l'obligation de la payer est née, en effet, par hypothèse, dans la personne du débiteur, et doit être régie par les mêmes principes que les autres dettes héréditaires. Dans le cas exceptionnel où la peine est indivisible, le créancier peut la réclamer entièrement à chacun des héritiers du débiteur; mais ce n'est là que l'application de l'art. **1223** [1].

1375. Se plaçant dans l'hypothèse où la contravention émane d'un héritier du débiteur, le Code distingue suivant que l'obligation principale est indivisible ou divisible : « *Lorsque » l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est » d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contra- » vention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être » demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contra- » vention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et » portion et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours » contre celui qui a fait encourir la peine* ». Art. **1232**. Si, dans le cas prévu par le texte, le cohéritier qui a manqué d'exécuter est tenu de la peine pour le tout, c'est parce que, à raison de l'indivisibilité de l'obligation, il y a nécessairement contrevenu pour le tout. Ce n'est pas, en effet, simplement en qualité d'héritier, mais aussi à cause de son fait personnel qu'il doit la peine; or, son fait personnel a consisté dans un manquement à l'obligation intégrale. De plus, comme l'inexécution n'est imputable qu'à lui seul, les autres héritiers, lorsqu'ils ont payé une part des dommages-intérêts conventionnels, ont un recours contre lui, ainsi que le récla-

[1] Duranton, XI, n. 367 et 368; Demolombe, XXVI, n. 693; Laurent, XVII, n. 462; Huc, VII, n. 380, p. 501.

mait l'équité; il y a donc un avantage évident à ce que le créancier demande la totalité de la peine à l'auteur de la contravention, puisqu'alors le circuit d'actions dont nous venons de parler n'a pas sa raison d'être [1].

Il est plus difficile d'expliquer pourquoi les autres héritiers peuvent être poursuivis, en vertu de la clause pénale, chacun pour sa part et portion. Voici le motif de cette disposition. L'obligation subsidiaire qui résulte de la clause pénale, a été contractée par le débiteur sous la condition que l'engagement principal ne serait pas rempli. Il suffit que cet événement se produise pour que la condition soit réalisée. Peu importe que l'inexécution soit postérieure au décès du débiteur et imputable à un seul de ses héritiers. Le fait auquel était subordonnée la naissance de l'obligation accessoire n'en est pas moins arrivé. La situation est la même que si la contravention avait eu lieu avant l'ouverture de la succession, et, par conséquent, chacun des cohéritiers non contrevenants doit acquitter la peine proportionnellement à sa part héréditaire [2].

On justifie, au contraire, aisément la disposition de l'art. **1232** en tant qu'elle ne permet pas au créancier de demander aux cohéritiers non contrevenants le total de la peine. Celle-ci, consistant presque toujours dans une somme d'argent, reste très généralement divisible. Les cohéritiers qui n'ont pas manqué d'exécuter l'obligation ne doivent pas la peine à cause de leur fait personnel, mais à raison de leur titre d'héritier. On ne voit donc pas pourquoi la dette résultant de la clause pénale ne se diviserait pas entre eux comme toutes les autres dettes héréditaires.

1376. Cependant, par exception, les cohéritiers non contrevenants sont quelquefois obligés de payer toute la peine.

Il peut en être ainsi en premier lieu, quand elle est indi-

[1] Pothier, *Oblig.*, n. 357 (édit. Dupin, I, p. 200); Demolombe, XXVI, n. 699; Thiry, III, n. 37, p. 55.

[2] Demolombe, XXVI, n. 700; Laurent, XVII, n. 463. — On comprend que cette disposition de la loi présente un grand intérêt pratique lorsque l'auteur de la contravention est insolvable. Le créancier a, du moins, alors le moyen d'obtenir une quotité de la peine correspondant à l'ensemble des parts des héritiers non-contrevenants. Dumoulin, *op. cit.*, part. I, n. 28.

visible, ce qui, nous en avons déjà fait la remarque, est très rare. Art. 1223.

En second lieu, aux termes de l'art. 1232, les cohéritiers non coupables peuvent être poursuivis hypothécairement pour la peine entière. Le législateur suppose qu'une hypothèque conventionnelle, consentie par le débiteur, garantit le paiement de la dette, et qu'un immeuble grevé de cette hypothèque a été attribué à un héritier non contrevenant. Dans ce cas, cet héritier est tenu pour le tout à raison de l'action hypothécaire. C'est l'application des principes généraux écrits dans l'art. 873 et dans le second alinéa de l'art. 2114.

Toutes les fois qu'un héritier non contrevenant a payé la peine en totalité ou en partie, il a un recours contre l'auteur de la contravention. Le droit d'exercer ce recours est fondé sur cette considération d'équité que la peine, étant due à raison de l'inexécution, doit être supportée, en définitive, par celui auquel l'inexécution est imputable (1).

1377. Le législateur a prévu seulement le cas où « la peine est encourue par la contravention d'*un seul* des héritiers ». Si l'inexécution est imputable à plusieurs d'entre eux ou à tous, le créancier peut demander la peine entière à chacun de ceux qui l'ont fait encourir, car, l'obligation principale étant indivisible, chacun des héritiers coupables a manqué de l'exécuter pour le tout (2). Mais il va sans dire que le créancier ne

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 356; Colmet de Santerre, V, n. 169 *bis*-I; Laurent, XVII, n. 463 *in fine*. — D'après Dumoulin, quand l'héritier non contrevenant était poursuivi en paiement d'une partie de la peine, il était en droit d'exiger que le créancier formât sa demande pour le tout contre l'auteur de la contravention. Toutefois cette action devait être exercée aux risques de l'héritier poursuivi en premier lieu et à charge par lui de fournir caution pour garantir le paiement des condamnations qui seraient prononcées contre l'héritier coupable. Part. III, n. 27. Tel paraît avoir été aussi l'avis de Pothier. Aujourd'hui, dans le silence de la loi, on ne peut pas reconnaître ce droit à l'héritier non contrevenant. Larombière, IV, p. 42 (art. 1232, n. 7); Demolombe, XXVI, n. 701.

(2) Mais Pothier a tort de dire que les héritiers contrevenants sont *solidairement* tenus de la peine. *Oblig.*, n. 357. D'une part, cette circonstance que chacun d'entre eux est obligé de payer la totalité des dommages-intérêts conventionnels, ne suffit pas pour les rendre solidaires, et, d'autre part, ils ne se trouvent, les uns vis-à-vis des autres, dans aucune des situations qui engendrent la solidarité. Colmet de Santerre, V, n. 169 *bis*-IV ; Demolombe, XXVI, n. 703. — Cpr. Paris, 13 novembre 1888, D. P., 90. 2. 238.

peut jamais obtenir qu'une fois le montant de la peine, et que celui des contrevenants qui paie le total des dommages-intérêts conventionnels, a une action récursoire contre les autres, la peine incombant en définitive à tous les auteurs de la contravention.

1378. Passant à l'hypothèse où l'obligation principale est divisible, le législateur dispose ainsi dans le premier alinéa de l'art. **1233** : « *Lorsque l'obligation primitive contractée sous* » *une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui* » *des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation,* » *et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation* » *principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont* » *exécutée* ». Les motifs de cette disposition apparaissent immédiatement. D'une part, l'obligation principale, étant divisible, s'est transformée, à la mort du débiteur, en autant d'obligations qu'il a laissé d'héritiers, et, par conséquent, on ne conçoit pas que le contrevenant puisse manquer d'exécuter pour le tout l'obligation primitive. Le créancier ne saurait donc le poursuivre en paiement de la peine entière, le total de la peine représentant l'inexécution totale de la convention. D'autre part, les héritiers du débiteur ne sont nullement garants les uns des autres pour l'accomplissement de leurs obligations respectives, et, par suite, il n'y a pas de raison pour permettre au créancier de demander aux héritiers non contrevenants le paiement d'une portion quelconque de la peine [1].

1379. Mais la disposition du premier alinéa de l'art. **1233** cesse d'être applicable dans le cas prévu en ces termes par le second alinéa du même article : « *Cette règle reçoit exception* » *lorsque la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention* » *que le paiement ne pût se faire partiellement, un cohéritier* » *a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce* » *cas la peine entière peut être exigée contre lui, et contre les* » *autres cohéritiers pour leur portion seulement, sauf leur* » *recours* ». La loi suppose, pour parler comme la doctrine, que l'obligation principale n'est pas indivisible *natura* et que

[1] Laurent, XVII, n. 465 ; Thiry, III, n. 37, p. 56.

l'addition d'une clause pénale a eu pour but de la rendre indivisible *solutione* [1]. Dans ce cas, la convention faisant la loi des parties, on revient à la règle posée dans l'art. **1232**. La peine peut donc être réclamée au contrevenant pour le tout, alors même qu'il offrirait sa part dans la dette principale, et à chacun des autres héritiers pour sa part et portion, bien que l'inexécution ne lui soit pas imputable. Cette distinction se justifie ici par les mêmes raisons que dans l'art. **1232** [2].

Le Code exige, dans le second alinéa de l'art. **1233**, que la clause pénale ait été ajoutée « dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement ». S'il y a désaccord sur le sens de la stipulation, c'est au créancier de prouver l'intention dont il s'agit. Mais presque toujours les circonstances qui impliquent chez les contractants la volonté de rendre l'obligation principale indivisible *solutione*, doivent faire admettre que l'addition de la clause pénale a été faite dans l'intention d'empêcher les paiements partiels [3].

1380. Les art. **1232** et **1233** supposent l'un et l'autre que le débiteur unique meurt laissant plusieurs héritiers, et que l'un de ceux-ci contrevient à l'obligation. Au point de vue juridique, la question est la même si, dès la formation du contrat, il y a plusieurs codébiteurs et que l'un d'entre eux manque d'exécuter l'obligation. Dans ce dernier cas, par conséquent, il faut appliquer également l'art. **1232** ou l'art. **1233**, suivant que l'obligation principale est indivisible ou non [4].

1381. Le législateur s'est demandé, dans les deux articles que nous venons d'étudier, si la peine est encourue pour le tout et par chacun des héritiers du débiteur lorsqu'un d'entre

[1] La distinction, que nous trouvons dans l'art. 1233, entre le cas où l'obligation est divisible *natura et solutione* et celui où elle est divisible *natura*, mais indivisible *solutione*, a été empruntée par les auteurs du Code à Pothier, qui l'avait lui-même empruntée à Cujas et à Dumoulin. Ces derniers l'avaient imaginée pour concilier la loi 4, § 1, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1 (texte de Caton), et la loi 5, § 4 au même titre (texte de Pomponius). V. Pothier, *Oblig.*, n. 361-362 (édit. Dupin, I, p. 204-206).

[2] Pothier, *Oblig.*, n. 361 ; Laurent, XVII, n. 466, p. 461.

[3] Aubry et Rau, IV, p. 59, note 46.

[4] Demante et Colmet de Santerre, V, n. 171 ; Aubry et Rau, IV, p. 53 et 58 ; Demolombe, XXVI, n. 692 ; Thiry, III, n. 37, p. 54.

eux seulement n'a pas exécuté l'obligation principale. Il n'a pas résolu la question inverse, c'est-à-dire celle de savoir si la peine est encourue pour le tout et au regard de chacun des héritiers du créancier à raison de l'inexécution qui ne s'est produite qu'au préjudice d'un seul d'entre eux. Cette question est très simple si l'obligation contractée sous clause pénale est divisible. Lorsque le débiteur contrevient à la convention envers un ou quelques-uns des héritiers du créancier, il ne doit la peine qu'à ceux à l'égard desquels il y a eu inexécution, et il ne la doit à chacun d'entre eux que proportionnellement à sa part héréditaire. Alors, en effet, que l'obligation principale est divisible, il n'y a pas de raison pour que la peine, en supposant, bien entendu, qu'elle n'est indivisible ni par sa nature ni en vertu de la convention, ne se divise pas entre les héritiers du créancier. Or, parmi ces derniers, ceux au profit desquels l'obligation n'a pas été exécutée ont seuls droit au bénéfice de la clause pénale, puisque, aux termes de l'art. 1229, le créancier ne peut pas demander à la fois le principal et la peine.

1382. La difficulté est sérieuse, au contraire, si l'obligation principale est indivisible. Prenons l'exemple donné par tous les auteurs : j'ai consenti sous clause pénale un droit de passage à une personne qui est décédée, laissant quatre héritiers : je laisse passer trois de ces derniers, et j'interdis le passage au quatrième. La question est de savoir à qui je devrai la peine et dans quelle mesure je la devrai. Nous croyons devoir nous ranger à l'opinion la plus générale : seul, l'héritier, au regard duquel la convention n'a pas été exécutée, a droit à la peine, et il n'y a droit que pour sa part. Qu'il soit seul admis à bénéficier de la clause pénale, cela résulte, à notre avis, de ce que les autres héritiers du créancier, ayant reçu le principal, ne peuvent pas réclamer en même temps la peine, ne fût-ce que pour leurs parts et portions respectives. Art. 1229 [1]. Et si l'héritier envers qui la con-

[1] *Sic* Demolombe, XXVI, n. 717; Thiry, III, n. 37, p. 57; Huc, VII, n. 380, p. 501. — Cpr. Pothier, *Oblig.*, n. 365 (édit. Dupin, I, 207); Duranton, XI, n. 376; Colmet de Santerre, V, n. 171 *bis*. — On peut aussi invoquer dans notre sens l'opinion de Paul, V. L. 2, § 6, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1. Ulpien paraît s'être

travention a été commise ne peut exiger la peine que proportionnellement à son droit héréditaire, c'est pour les motifs suivants : D'abord l'indivisibilité de l'obligation principale n'entraîne pas celle de l'obligation subsidiaire ; le créancier, au préjudice duquel a eu lieu l'inexécution, ne peut donc réclamer la peine que pour sa part et portion (1). Sans doute, dans le cas prévu par l'art. 1232, c'est-à-dire lorsque l'un des héritiers du débiteur a contrevenu à l'obligation qui est indivisible, le créancier peut lui demander la totalité de la peine ; mais cette solution ne découle pas de la rigueur des principes ; elle est fondée sur cette considération d'équité qu'il est désirable d'éviter les actions récursives que les cohéritiers du contrevenant seraient obligés d'exercer contre lui, s'ils payaient la peine dans la proportion de leurs parts héréditaires (2). Or, dans notre hypothèse, c'est-à-dire lorsque l'inexécution se produit au regard d'un des héritiers du créancier, il ne peut pas être question de recours, si cet héritier ne reçoit la peine que pour sa part et portion. Il n'y a donc pas de raison pour lui reconnaître le droit de la réclamer pour le tout.

Puis le préjudice qu'un des héritiers du créancier subit à raison de la contravention, n'est pas plus important lorsque celle-ci est commise envers lui seul que lorsqu'elle est commise envers lui et ses cohéritiers. Or, dans ce dernier cas, il n'a certainement droit qu'à sa part dans la peine ; il doit, par conséquent, en être de même quand l'inexécution n'a lieu qu'à l'égard de lui seul (3).

prononcé en sens contraire, V. L. 3, § 1, *eod. tit.* V. Pothier, *ubi supra.* — On raisonne quelquefois de la façon suivante à l'appui de notre opinion. Les héritiers du créancier au profit desquels l'obligation n'a pas été remplie, n'auraient pas droit à des dommages-intérêts puisqu'ils n'ont pas éprouvé de préjudice. Or la peine est la représentation des dommages-intérêts ; elle ne peut donc pas être réclamée dans l'hypothèse où des dommages-intérêts ne seraient pas dus. Mais, comme le fait très bien remarquer M. Demolombe, l'argument n'est pas irréfutable. Il existe, en effet, entre la peine et les dommages-intérêts, cette différence capitale que, pour avoir droit à ceux-ci, le créancier doit prouver que l'inexécution lui a causé un préjudice, tandis qu'il n'est pas tenu de faire cette preuve pour réclamer la peine. Demolombe, *loc. cit.*

(1) Demolombe, XXVI, n. 717 ; Thiry, III, n. 37, p. 57.

(2) V. *supra*, n. 1375.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 171-*bis;* Larombière, IV, p. 51 (art. 1233, n. 10) ; Demolombe et Thiry, *loc. cit.*

CHAPITRE V

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

1383. L'art. **1234** énumère les causes d'extinction des obligations : « *Les obligations s'éteignent : Par le paiement, — Par la novation, — Par la remise volontaire, — Par la compensation, — Par la confusion, — Par la perte de la chose, — Par la nullité ou la rescision, — Par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent, — Et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier* ».

Chacune des sept premières causes d'extinction énumérées par ce texte fait l'objet d'une section de notre chapitre. Quant à la huitième, la condition résolutoire, la loi nous en a déjà parlé au chapitre précédent (art. **1183** s.), et, comme nous l'avons dit, l'obligation n'est éteinte par la condition résolutoire que lorsque, au moment de l'événement de celle-ci, le contrat n'était pas encore exécuté. Enfin notre article annonce que la prescription fera l'objet d'un titre particulier : le législateur aurait pu ne s'occuper, dans notre chapitre, que de la prescription libératoire. Or il a jugé préférable de la rapprocher de la prescription acquisitive, en les réglementant l'une et l'autre dans un même titre. Cette méthode peut se justifier par cette considération que certains principes sont communs aux deux prescriptions.

A l'énumération que donne l'art. **1234** il faut ajouter :

1° Le mutuel dissentiment. Le lien que le consentement des parties a formé peut être détruit par un consentement en sens contraire. Art. **1134** (1).

2° L'expiration du temps pour lequel l'obligation a été formée. Tel serait le cas où j'aurais cautionné quelqu'un pour trois ans ; à l'expiration de ce délai, je serai déchargé de mon obligation, si je n'ai pas été poursuivi. C'est ce que l'on appelle, improprement peut-être, le terme *résolutoire*.

3° L'impossibilité d'exécution. A l'impossible nul n'est tenu.

(1) V. notre tome Ier, n. 338-342.

Notons cependant que si l'art. 1234 ne mentionne pas cette cause d'extinction avec sa portée générale, il en indique du moins une application lorsqu'il parle de l'extinction par la perte de la chose due.

4° Enfin, — mais seulement dans certains cas exceptionnels, — la mort de l'une des parties, soit du débiteur, soit du créancier. Ordinairement, les droits ou les obligations, résultant des contrats dans lesquels nous avons figuré, passent à nos héritiers. Art. 1122. Mais, dans certaines hypothèses, il est dérogé à ce principe soit en vertu de la nature du contrat, soit en vertu de la convention des parties, soit en vertu d'une disposition de la loi (1).

En vertu de la nature du contrat : On peut citer comme exemple l'obligation de payer les arrérages d'une rente viagère ; cette obligation s'éteint par la mort du crédi-rentier, en supposant, comme il arrive presque toujours, que la rente ait été constituée sur sa tête.

En vertu de la volonté des parties contractantes : C'est ainsi que le contrat de bail contient fréquemment la clause : que le bail cessera, si le preneur vient à mourir avant l'expiration du temps pour lequel il a été fait.

En vertu d'une disposition de la loi. Voyez notamment les art. 1795, 1865-3°. 2003 al. 4.

SECTION PREMIÈRE

DU PAIEMENT

§ I. *Du paiement en général.*

1384. Le paiement est l'accomplissement de la prestation promise, c'est le *dénouement* du lien de l'obligation (2).

(1) M. Huc fait observer non sans raison que, lorsque l'obligation prend fin par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée ou par la mort de l'une des parties, on peut dire qu'elle s'éteint par un paiement. C'est ainsi que, lorsque le débiteur d'une rente viagère est libéré au décès du crédi-rentier, il a payé à celui-ci tout ce qu'il lui devait. Qu'avait-il promis, en effet ? des prestations périodiques à fournir pendant la vie du stipulant. Le véritable résultat de la mort du crédi-rentier est de déterminer le nombre des prestations dues. Huc, VIII, n. 2, p. 7.

(2) Voilà pourquoi les Romains appelaient le paiement *solutio* (*de solvere, solu-*

Un débiteur paie en faisant ce qu'il est tenu de faire [1].

Le mot *paiement* ne désigne donc pas seulement dans la langue du droit comme dans le langage usuel, la numération d'une somme d'argent, mais aussi toute autre prestation effectuée en exécution d'une obligation. Ainsi le vendeur paie en livrant la chose vendue, tout aussi bien que l'acheteur en comptant le prix. De même un ouvrier paie en accomplissant le travail qu'il s'est engagé à faire, tout aussi bien que celui qui l'a commandé en lui donnant le salaire promis [2].

L'expression paiement est quelquefois prise dans un sens plus général encore et comme désignant l'extinction de l'obligation, de quelque façon que cette extinction se réalise, que ce soit par la remise de la dette, par la novation ou par tout autre mode [3]. Mais c'est dans l'acception précédente que le mot paiement est employé par les art. **1234** s.

1385. Le paiement, étant la prestation de ce qui est dû, ne saurait se comprendre sans une dette qu'il est destiné à éteindre; il faut bien qu'un mode d'extinction éteigne quelque chose. C'est là tout ce que signifie à notre avis l'art. **1235** al. **1**, quand il dit : « *Tout paiement suppose une dette* ». Cette interprétation est confirmée par la déduction que la loi tire immédiatement de la prémisse qu'elle vient de poser : « *Ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition* ». Ce texte consacre l'existence de la *condictio indebiti*. Nous traiterons

tum, délier). « Il est évident, dit Pothier, que celui qui a accompli son obligation, en est quitte et libéré ; d'où il suit que le paiement réel, qui n'est pas autre chose que l'accomplissement de l'obligation, est la manière la plus naturelle dont les obligations peuvent s'éteindre ». *Oblig.*, n. 494, al. 4.

[1] *Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit.* Pomponius, L. 176, D., *De verbor. signif.*, L. 16.

[2] Domat, *Lois civiles*, 1re part., tit. I, préambule et sect. I, n. 1 et 2 (édit. Rémy, I, p. 232-233). — Cependant, quelquefois, la loi elle-même paraît appliquer d'une façon plus spéciale le terme *paiement* à des obligations ayant pour objet une somme d'argent. V. notamment art. 1147, 1152, 1153, 1249, 1250. Et il est remarquable qu'en parlant des obligations de faire, de ne pas faire ou même des obligations de donner ayant pour objet autre chose qu'une somme d'argent, elle se sert ordinairement des mots *remplir* (art. 1146), *acquitter* (art. 1236, 1237), *exécuter* (art. 1247), *livrer*, *déclarer* (art. 1245, 1604).

[3] *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem, quoquo modo factam.* Paul, L. 54, D., *De solution. et liber.*, XLVI. 3. — V. aussi Paul, L. 47, D., *De verb. signif.*, L. 16.

de cette action sous les art. 1376 s. Là est le siège de la matière.

1386. Aux termes de l'art. 1235 al. 2 : « *La répétition n'est* » *pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été* » *volontairement acquittées* ». Une obligation naturelle peut donc servir de base à un paiement. Aux yeux de la loi le paiement fait en exécution d'une semblable obligation n'est pas un paiement sans cause, et, par suite, il ne donne pas lieu à la *condictio indebiti*.

Mais qu'est-ce que l'obligation naturelle? Quels sont ses effets? Dans quels cas faut-il admettre son existence? Nous répondrons plus loin à ces délicates questions, lorsque, après avoir traité du paiement, nous exposerons dans son ensemble la théorie des obligations naturelles [1].

I. *Par qui le paiement peut être fait.*

1387. Le principe est posé dans l'art. 1236, dont voici les termes : « *Une obligation peut être acquittée par toute per-* » *sonne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution.* » — *L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y* » *est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en* » *l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il* » *ne soit pas subrogé aux droits du créancier* ».

Il va de soi que le débiteur peut payer; c'est pour lui un droit autant qu'une obligation. Il est évident qu'il a intérêt à se libérer. Aussi le législateur n'a-t-il pas trouvé utile de le viser d'une façon spéciale.

C'est dire que le mandataire du débiteur peut payer. Il représente celui-ci. Quand il acquitte l'obligation, c'est le débiteur qui paye par son intermédiaire.

1388. Toute autre personne intéressée peut encore payer. La loi cite comme étant dans ce cas le coobligé et la caution. L'un et l'autre sont exposés à être poursuivis par le créancier. Il est juste qu'ils puissent conjurer cette éventualité en exécutant l'obligation.

L'art. 1236 dit que le coobligé et la caution *peuvent* payer.

[1] V. *Appendice :* Des obligations naturelles.

Il s'exprime ainsi pour marquer qu'ils ne sont pas obligés d'attendre les poursuites du créancier, mais qu'ils ont le droit de prendre l'initiative du paiement. Ils peuvent y avoir intérêt d'abord pour éviter les frais de poursuites, puis afin d'être en état de recourir contre le débiteur avant que celui-ci devienne insolvable.

A plus forte raison le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué doit-il être considéré comme intéressé au paiement. N'est-il pas lui aussi, au moins indirectement, exposé aux poursuites du créancier? Sans doute il n'est pas tenu personnellement. Mais cette considération ne fait que rendre sa situation plus digne d'intérêt. Il faut donc lui reconnaître le droit de prévenir le danger qui le menace.

1389. Le paiement peut même être fait par un tiers qui n'y est pas intéressé, c'est-à-dire par un tiers qui n'est tenu ni personnellement ni hypothécairement. Dira-t-on qu'en payant, ce tiers se mêle d'une affaire qui ne le regarde point? Cette considération n'a pas arrêté le législateur. Et cela pour deux raisons : d'un côté, dans la plupart des cas du moins, il est indifférent au créancier d'être payé par le débiteur ou par un tiers, celui-ci fût-il non intéressé ; d'un autre côté, il importe souvent au débiteur qu'un tiers acquitte la dette [1]. Voilà pourquoi une personne, même non intéressée au paiement, peut forcer le créancier à le recevoir et, en cas de refus, lui faire des offres réelles et, s'il y a lieu, procéder à la consignation.

1390. Quand le paiement émanant d'un tiers non intéressé est fait au nom du débiteur et qu'il est utile à ce dernier, ce n'est pas autre chose qu'une gestion d'affaires. Si le tiers acquitte la dette avec l'intention de ne pas exercer de recours contre le débiteur, l'avantage que le paiement présente pour celui-ci est évident. Mais cet avantage peut exister alors même que le tiers entend répéter le montant de ce qu'il a payé. C'est ce qui arrive lorsque le tiers est disposé à se montrer, à l'égard du débiteur, plus patient et plus accommodant que le créancier originaire. Il en est de même du cas où la dette

[1] Jaubert, *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 341, Locré, XII, p. 461, n. 6.

est garantie par des privilèges, des hypothèques ou des cautions, les sûretés ne survivant pas au paiement fait par un tiers non intéressé.

1391. Le créancier peut-il refuser le paiement offert par un tiers non intéressé, en se fondant sur ce que ce paiement ne serait d'aucune utilité pour le débiteur ou même lui serait nuisible? (1) Nous ne le pensons pas. Aux termes de l'art. **1236**, al. 2, le droit de payer est accordé sans distinction au tiers qui agit au nom et en l'acquit du débiteur. Au surplus, on voit par la suite du même texte que le paiement peut être fait, même par un tiers qui agit en son propre nom, pourvu qu'il ne demande pas à être subrogé. Si ce droit est reconnu à un tiers quand il agit en son propre nom, à plus forte raison lui appartient-il quand il agit au nom du débiteur; car le fait même que le tiers paie dans ces conditions, suppose qu'il veut être utile à celui-là. En pratique, c'est presque toujours l'intérêt du débiteur que le tiers a en vue quand il agit de cette manière. Il était donc naturel de présumer que le paiement fait par lui serait avantageux pour le débiteur. Et, en prenant ce parti, les auteurs du Code ont eu d'autant plus raison que, par là, ils ont coupé court aux inextricables difficultés de preuve qu'aurait soulevées la question de savoir si le débiteur retirait un bénéfice du paiement. Pothier, il est vrai, se prononçait en sens contraire et invoquait à l'appui de sa décision l'autorité de Dumoulin et de Basnage (2). Mais son opinion n'a pas été suivie par le législateur : cela résulte du texte et des motifs de l'art. **1236** (3).

1392. Le Code autorise même les tiers à payer en leur propre nom, sauf cette condition que le tiers qui acquitte la dette « ne soit pas subrogé aux droits du créancier ». Nous rechercherons plus tard le sens de ces expressions. Le légis-

(1) Il est possible, par exemple, que le tiers, dans l'exercice de l'action en répétition, se montre plus rigoureux pour le débiteur que ne l'était le créancier.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 500 (édit. Dupin, I, p. 302).

(3) *Sic* Duranton, XII, n. 16 ; Aubry et Rau, IV, p. 148, texte et note 2; Colmet de Santerre, V, n. 175 *bis*-IV; Demolombe, XXVII, n. 56-57; Marcadé, IV, n. 674; Larombière, IV, p. 69 (art. 1236, n. 3); Laurent, XVII, n. 483; Huc, VIII, n. 6 *in fine*, p. 15. — Cass. belge, 12 janv. 1872, *Pasicr.*, 73. 1. 34. — *Contra :* Delvincourt, II, p. 539; Toullier, VII, n. 11.

lateur suppose d'ailleurs, bien entendu, que, si le paiement est fait par le tiers en son propre nom, il est fait du moins en l'acquit du débiteur. C'est de toute évidence, car cette dernière condition ne pourrait faire défaut que si le tiers s'imaginait devoir lui-même ce qu'il paie.

A la différence de notre législateur, Pothier décidait que : « Si le paiement n'était pas fait au nom du véritable débiteur, il ne serait pas valable » (1), et il faut bien reconnaître qu'en déclarant le contraire, l'art. 1236 consacre une solution sujette à critique. Le tiers qui paie en son propre nom montre bien par là que c'est dans son intérêt qu'il agit, et non dans celui du débiteur. Le fait est constant, et, par conséquent, il n'y a pas à redouter ici les difficultés de la preuve. On dit bien que les sûretés attachées à la dette, s'éteignant par le paiement, ne garantiront pas l'action en répétition et que c'est là un avantage pour le débiteur. On allègue aussi que, suivant toutes les vraisemblances, le tiers ne poursuivra pas le débiteur aussitôt après le paiement. Mais voilà qui est absolument hypothétique. Quoi qu'il en soit, la loi est formelle (2).

1393. On ne conteste pas qu'un tiers non intéressé au paiement ait le droit d'exécuter l'obligation à l'insu du débiteur. Mais peut-il payer la dette malgré celui-ci? Oui, selon nous, si le créancier accepte ses offres. Pourquoi le débiteur serait-il admis à faire obstacle au paiement? Quand il refuse ou néglige d'acquitter la dette, c'est bien le moins qu'il ne puisse pas empêcher qu'elle soit payée par un autre. Dans ce cas il convient d'adopter la solution du droit romain et de Pothier, qui allaient même jusqu'à formuler en termes absolus le droit pour les tiers de payer contre le gré du débiteur (3). La plupart des auteurs modernes se prononcent dans ce sens (4).

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 499, édit. Dupin, I, p. 301.

(2) Cpr. Colmet de Santerre, V, n. 175 *bis*-V ; Demolombe, XXVII, n. 61 ; Laurent, XVII, n. 484.

(3) « *Solvere pro ignorante et* INVITO *cuique licet, cum sit jure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere* ». L. 53, D. *De solut.*, XLVI, 3. — « Quelque personne que ce soit qui fasse le paiement, quand même elle n'aurait aucun pouvoir du débiteur, *quand même elle ferait ce paiement malgré lui*, ... le paiement est valable ». Pothier, *Oblig.*, n. 499 (éd. Dupin, I, 301). Cpr. même traité, n. 468 (même édit., I, p. 285).

(4) Toullier, VII, n. 10; Duranton, XII, n. 18 ; Marcadé, IV, n. 675 ; Colmet de

1394. Mais le droit du tiers cesse quand le créancier et le débiteur sont d'accord pour s'opposer au paiement. Ici l'argument que nous avons fait valoir dans l'hypothèse précédente ne saurait être invoqué. Il est inadmissible qu'un tiers puisse mettre un terme au rapport existant entre le créancier et le débiteur, s'il rentre dans leurs convenances communes de maintenir ce rapport. Pour que les tiers fussent autorisés, même dans ce cas, à imposer le paiement, il faudrait que la loi déclarât qu'ils auront toujours le droit de payer malgré le débiteur. Mais cette disposition n'existe pas [1].

1395. Le tiers non intéressé n'est admis à payer en son propre nom qu'à cette condition *qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*. Art. **1236**, al. **2**. Que signifient ces mots? Il est manifeste qu'on ne doit pas les prendre à la lettre et décider que la subrogation ne saurait, en aucune hypothèse, avoir lieu au profit de ce tiers. Rien n'empêche qu'il soit subrogé aux droits du créancier, si ce dernier y consent. Sans doute le tiers non intéressé qui paie en son propre nom n'a pas le bénéfice de la subrogation légale, mais, certainement, l'art. **1236** ne lui interdit pas la subrogation conventionnelle. Cela résulte du rapprochement de ce texte avec l'art. **1250-1°**, qui admet, d'une façon générale, cette dernière subrogation, lorsque le créancier, recevant le paiement d'un tiers, subroge celui-ci dans ses droits et actions par une convention expresse, faite en même temps que le paiement.

L'explication qui nous paraît préférable est celle qui s'appuie sur les paroles du rapporteur au Tribunat : « Mais, dans ce cas, le tiers *ne peut forcer* le créancier à le mettre en son lieu et place pour les privilèges, les hypothèques... La loi ne

Santerre, V, n. 175 *bis*-XI; Larombière, IV, p. 69 (art. 1236, n. 3); Demolombe, XXVII, n. 60; Arntz, III, n. 164; Vigié, II, p. 687, n. 1513; Thiry, III, p. 63, n. 45. Cpr. Huc, VIII, p. 16, n. 7. — C. civ. mexic., art. 1532; C. civ. Chili, art. 1572, al. 1; C. civ. arg., art. 728; C. civ. all., art. 267, al. 1. — V. cep. Poujol, *Oblig.*, art. 1236, n. 11; Laurent, XVII, n. 485, p. 477.

[1] Colmet de Santerre, V, n. 175 *bis*-X; Demolombe, XXVII, n. 59; Huc, VIII, p. 16, n. 7, al. 2 *in fine;* Vigié, *loc. cit.* — Trib. civ. de Vendôme, 13 mai 1880, D. P., 81. 3 47. — Cette solution est expressément admise par le C. civ. allem. : « Le créancier peut refuser la prestation du tiers, si le débiteur s'y oppose ». Art. 267, al. 2 (traduc. Meulenaere, p. 73).

veut pas avec raison que, *contre le gré du créancier,* un tiers vienne s'interposer pour acquérir le droit de vexer le débiteur; le tiers qui paie n'acquiert alors qu'une action simple contre le débiteur, qui est entièrement libéré de l'obligation primitive » (1). Donc, en autorisant le tiers à payer en son propre nom « pourvu... qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier », le législateur entend simplement dire que le tiers n'est pas admis à contraindre celui-ci à la subrogation. S'il n'en était pas ainsi, le tiers, en payant, aurait le moyen de se procurer un placement avantageux. Or, si cela était possible, il serait fort à craindre qu'immédiatement après ce paiement, une autre personne, par exemple le précédent créancier lui-même, ne vînt à son tour imposer un paiement avec subrogation. Et ainsi de suite. On ne verrait dans le droit reconnu aux tiers par l'art. 1236 qu'un moyen d'enlever aux autres de bons placements. C'est ce que le législateur a voulu éviter.

1396. Avons-nous besoin de faire observer que, sur le point dont il s'agit, il n'y a pas de différence à établir suivant que le tiers paie en son propre nom ou au nom du débiteur? Les termes de l'art. 1236 semble indiquer le contraire. Mais les principes les plus élémentaires interdisent la distinction : nonobstant cette circonstance que le tiers paie au nom du débiteur, il ne peut être question que d'une subrogation conventionnelle, c'est-à-dire d'une subrogation qui suppose essentiellement le consentement des deux parties. Ainsi, ni dans un cas, ni dans l'autre, le tiers ne saurait forcer le créancier à le subroger dans ses droits.

Il est probable que si le législateur n'a pas visé le tiers non intéressé qui paie au nom du débiteur, c'est parce que ce tiers, par cela même qu'il paie dans ces conditions, est présumé agir dans l'intérêt du débiteur, et que, par suite, on ne peut guère supposer qu'il prétende forcer le créancier à le subroger dans ses droits (2).

1397. La rédaction de l'art. 1236, al. 2, laisse donc fort à

(1) Fenet, XIII, p. 342; Locré, XII, p. 461-462, n. 6.
(2) Demolombe, XXVII, n. 66.

désirer. Il faut ajouter que la disposition de ce texte est absolument inutile. Alors même qu'elle n'existerait pas, il ne viendrait à l'esprit de personne que la subrogation peut avoir lieu contre le gré du créancier.

Telle est la raison qui a fait proposer une autre explication, fondée sur une observation de la section de législation du Tribunat et sur un passage de l'*Exposé des motifs*. Le projet s'exprimait ainsi : « Et que ce ne soit pas en son nom propre, en se faisant subroger aux droits du créancier ». La section proposa d'adopter plutôt cette formule : « ou que, s'il agit en son nom propre, il ne se fasse pas subroger aux droits du créancier ». Et elle défendit sa proposition en ces termes : « La section pense qu'une dette peut être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, quoiqu'il ait agi en son nom propre : il suffit qu'il n'ait point stipulé de subrogation à son profit. En un mot, s'il y a subrogation, la dette est conservée, s'il n'y en a point, la dette ne subsiste plus. La nouvelle rédaction rend clairement cette idée... » (1). Quant aux paroles de Bigot-Préameneu, les voici : « L'obligation peut être acquittée par un tiers qui n'y a aucun intérêt, lorsqu'il agit au nom et en l'acquit du débiteur. Si, agissant en son nom propre, il se fait subroger aux droits du créancier, *ce n'est plus un paiement, c'est un transport de l'obligation* » (2). Les mots que nous interprétons feraient donc allusion aux effets de la subrogation ; ils signifieraient que, lorsque le créancier subroge dans ses droits le tiers qui paie en son propre nom, l'opération constitue, en réalité, une cession de créance et non pas un paiement. Mais, d'une part, ce n'est point en vue de déterminer les effets de la subrogation qu'on a écrit l'art. 1236, al. 2, et, d'autre part, le paiement avec subrogation diffère profondément du transport de créance. Cette seconde explication est donc inadmissible (3).

(1) Fenet, XIII, n. 156 *in fine* et 157 ; Locré, XIII, p. 272, n. 38.

(2) Fenet, XIII, p. 264 *in fine* ; Locré, XII, p. 365, n. 114.

(3) V. dans notre sens Colmet de Santerre, V, n. 175 *bis*-VI à 175 *bis*-IX ; Demolombe, XXVII, n. 62-66 ; Laurent, XVII, n. 487 ; Vigié, II, n. 687, n. 1514 ; Huc, VIII, p. 17, n. 8 ; Thiry, III, n. 45, p. 64. — *Contra* Duranton, XII, n. 15, al. 8 ; Marcadé, IV, n. 672-673 ; Larombière, IV, p. 72 (art. 1236, n. 8). — D'après Arntz, en disposant qu'un tiers non intéressé est admis à payer *pourvu qu'il ne soit pas*

1398. Quels sont les effets du paiement dans les rapports du tiers qui a payé et du débiteur? Quand le paiement a été fait par un tiers intéressé, notamment par un coobligé, par une caution, ce tiers est subrogé légalement aux droits et actions du créancier. V. art. 1251-3°. Lorsque le tiers qui a exécuté l'obligation n'était pas intéressé, il n'a pas le bénéfice de la subrogation légale; mais, ainsi que nous l'avons fait pressentir, il peut, si le créancier y consent, être subrogé conventionnellement aux droits de celui-ci. Dans ces deux hypothèses quelle est la situation du tiers au regard du débiteur? La créance est réputée survivre au profit de ce dernier, avec ses garanties. C'est ce que nous verrons quand nous traiterons des effets de la subrogation.

1399. Supposons, enfin, que le tiers non intéressé qui a payé ne soit pas subrogé : aura-t-il contre le débiteur une action pour se faire rembourser, et, dans le cas de l'affirmative, quelle action? Il faut distinguer suivant qu'il a payé au nom du débiteur ou en son nom propre.

a. — S'il a payé au nom du débiteur et dans l'intérêt de celui-ci, par exemple pour le soustraire à une expropriation imminente, il aura l'action de gestion d'affaire (1).

b. — Si le tiers non intéressé a payé en son propre nom, il pourra, en principe, agir contre le débiteur par l'action dite *de in rem verso* (2), car on ne doit pas supposer qu'il y a

subrogé aux droits du créancier, le législateur énoncerait à la fois les deux thèses. III, p. 92, n. 164, al. 3. La proposition que nous avons dégagée de l'art. 1236, al. 2 *in fine*, se retrouve à l'état de disposition formelle dans plusieurs codes civils étrangers. V. C. civ. arg., art. 729; C. civ. esp., art. 1159.

(1) Nous avons dit que lorsque le paiement est fait par un mandataire, il est censé, au regard du créancier, émaner du débiteur lui-même. Mais le mandataire a l'action de mandat pour se faire rembourser le montant de ses avances, et, par cette action, il peut réclamer, outre le capital par lui payé, l'intérêt de ce capital à dater du jour du paiement. Art. 2001.

(2) Le Code civil argentin (art. 727 *in fine* et art. 728 *in fine*) et le Code civil espagnol (art. 1158, al. 2 et 3) disposent que, si le paiement a eu lieu contre le gré du débiteur, le tiers n'aura que l'action *de in rem verso*, et que, dans les autres cas, il pourra demander le remboursement de ce qu'il aura payé.

Le Code civil des tribunaux mixtes d'Egypte consacre un système analogue, mais qui présente des nuances intéressantes. D'après son art. 224 : « Le paiement fait par un tiers lui donne droit de recourir contre le débiteur à raison du profit obtenu par ce dernier, jusqu'à concurrence des déboursés ». Et aux termes

eu donation de la part du tiers [1]. Cette action a sa source dans ce principe d'équité que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui [2]; mais elle ne permet d'agir que dans la mesure de l'enrichissement procuré à celui contre qui elle est dirigée. Ainsi, dans notre cas, s'il est prouvé que le créancier aurait accordé au débiteur des remises partielles ou des délais, il faudrait en tenir compte. De même, si la prescription était sur le point d'être acquise au débiteur, l'action *de in rem verso* se prescrirait par le laps de temps qui aurait suffi pour parfaire la prescription de la dette payée [3].

1400. Le tiers qui a payé la dette n'a pas de recours contre le débiteur qui l'a lui-même acquittée ensuite, s'il n'a pas averti ce dernier du paiement par lui fait. De même, lorsque le tiers paie sans avoir averti le débiteur, il n'a pas le droit de lui demander le remboursement si, à l'époque où il a payé, le débiteur avait le moyen de faire déclarer l'obligation éteinte. Dans ces deux hypothèses, le tiers peut seulement exercer une action en répétition contre le créancier. Il con-

de son art. 226 : « Le débiteur malgré lequel le paiement a eu lieu a le droit de repousser, en tout ou en partie, le recours de celui qui a payé pour lui, s'il démontre qu'il avait un intérêt quelconque à s'opposer au paiement ».

Le Code civil du Mexique (art. 1534 et 1535) et celui du Chili (art. 1573 et 1574) refusent toute action au tiers, s'il a payé malgré le débiteur, et ne lui accordent que le droit de se faire rembourser le montant de ses avances, s'il a payé à l'insu du débiteur. D'après le Code civil portugais, le tiers qui a payé sans le consentement du débiteur n'a aucun recours, sauf si le paiement a été fait pendant l'absence du débiteur ou s'il lui a *manifestement* profité. Art. 747.

(1) D'une part, l'intention libérale ne se présume pas, et, d'autre part, il ne peut y avoir donation que si la personne qu'il s'agit de gratifier accepte. S'il est démontré à la fois qu'en payant, le tiers non intéressé a entendu faire une libéralité et que le débiteur l'a acceptée, le tiers n'a aucune action contre ce dernier. Mais, s'il est simplement prouvé que le tiers a eu la volonté de donner, on se trouve dans l'hypothèse prévue ci-dessus, et, par conséquent, le tiers a l'action *de in rem verso.* D'ailleurs, par cela même qu'il exerce un recours contre le débiteur, il révoque son offre de libéralité.

(2) Ce principe a un caractère tellement impérieux qu'il faut l'appliquer même quand le paiement a eu lieu contre le gré du débiteur et au mépris de ses protestations. *Sic* Mourlon, II, n. 1320; Colmet de Santerre, V, n. 176 *bis*-XI; Laurent, XVII, n. 488-489; Huc, VIII, p. 18, n. 9. Cpr. Marcadé, IV, n. 675; Demolombe, XXVII, n. 80-81. — *Contra :* Toullier, VII, n. 12; Zachariæ, III, p. 182. — Duranton semble reconnaître aux juges, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire, XII, n. 19.

(3) Mourlon et Colmet de Santerre, *loc. cit.*

vient, en effet, de généraliser les dispositions formulées par l'art. 2031 en ce qui concerne la caution, ce texte ne faisant qu'énoncer deux conséquences d'un principe général. Au surplus, la nécessité d'appliquer ces décisions au cas d'un paiement fait par un tiers non intéressé résulte de cette idée que ce tiers n'a de recours contre le débiteur que dans la mesure où ce paiement lui a été utile (1).

1401. Au principe que le paiement peut être imposé au créancier par un tiers intéressé ou non, l'art. 1237 apporte cette notable exception : « *L'obligation de faire ne peut être* » *acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce* » *dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-* » *même* » (2). Cette disposition se justifie aisément, car si, en général, un tiers a le droit de payer nonobstant la résistance du créancier, c'est parce qu'il est indifférent à ce dernier que le paiement soit fait par le débiteur ou par une autre personne. Dans notre hypothèse, le motif du principe faisant défaut, l'application de celui-ci devait être écartée.

Mais il ne résulte point des termes de l'article 1237 que toutes les obligations de faire ne soient pas susceptibles d'être exécutées par un tiers malgré le créancier. Ce texte même commande une distinction. C'est seulement lorsque le créancier a traité en considération des facultés ou des aptitudes personnelles du débiteur, notamment à raison de son talent, de son habileté, de son expérience ou de sa réputation que l'article précité s'applique. Il faut que la considération d'un ou de plusieurs de ces éléments essentiellement personnels ait déterminé le créancier à contracter (3). Quand cette

(1) Duranton, XII, n. 24; Demolombe, XXVII, n. 83. — Le tiers aurait d'ailleurs l'action en répétion contre le créancier, alors même qu'il aurait été subrogé dans les droits de celui-ci.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 500, al. 4.

(3) « Dans les obligations de faire le créancier ne pourra pas être forcé de recevoir la prestation ou le service d'un tiers quand la qualité ou les particularités de la personne du débiteur ont été prises en considération lors de la formation de l'engagement ». C. civ. esp., art. 1161. — « L'obligation de prester quelque service peut être remplie par un tiers, sauf dans le cas où il aura été stipulé par clause expresse que l'obligé lui-même l'accomplira personnellement ou quand ses connaissances spéciales ou ses qualités personnelles auront été choisies ». C. civ. mexic., art. 1538. — V. aussi C. civ. chil., art. 1572, al. 2. — C. civ. allem., art. 267, al. 1er.

condition existe, un tiers ne saurait acquitter l'obligation à la place du débiteur, eût-il le même état ou la même profession que celui-ci [1]. C'est qu'en effet, dans le cas prévu par l'article **1237**, le fait stipulé n'a pas été envisagé d'une façon abstraite, mais bien comme le fait personnel du débiteur, c'est-à-dire comme devant être accompli par ce dernier [2].

Il faudrait maintenir cette décision alors même que, sans contestation possible, les qualités ou aptitudes dont la considération aurait déterminé le créancier, se rencontreraient chez le tiers, à un degré égal ou même supérieur. Cette circonstance n'empêcherait pas que le fait, s'il était accompli par le tiers, ne serait pas le fait promis [3].

Est-il besoin d'ajouter que vainement le débiteur lui-même appuierait la prétention du tiers? Ni ce dernier, ni le débiteur n'auraient le droit, s'ils agissaient isolément, de forcer le créancier à recevoir en paiement autre chose que la prestation due. Il n'y a pas de raison pour qu'ils puissent, en s'associant, triompher de la légitime résistance du créancier [4].

1402. La disposition de l'article **1237** concerne aussi bien les tiers intéressés que les autres. Pourquoi, par exemple, faire exception en faveur de la caution? Ce n'est pas son fait qui est l'objet de l'obligation ; c'est le fait personnel du débiteur principal. On ne conçoit donc pas qu'elle puisse fournir la prestation promise. Le fait qu'elle accomplirait ne constituerait pas l'exécution du contrat, et elle peut d'autant moins se substituer au débiteur qu'elle a garanti cette exécution [5].

(1) « *Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturæ et doctrinæ et institutionis* » (Ulpien), L. 31 pr., D., *De solut. et liber.*, XLVI, 3.

(2) C'est ce qui arrive presque toujours quand il s'agit d'un ouvrage d'art. Fenet, XIII, p. 265, al. 2 et p. 342 *in fine;* Locré, XII, p. 365, n. 115 et p. 462, n. 7. — Mais il peut en être de même pour des faits d'une nature toute différente. Liège, 26 nov. 1885, *Pasicr.*, 86. 2. 63.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 176 *bis*-I; Demolombe, XXVII, n. 70.

(4) Demolombe, XXVII, n. 69.

(5) Lorsque le créancier a intérêt à ce que le fait promis soit accompli par le débiteur principal, l'engagement de la caution a pour objet, non pas ce même fait, mais les dommages-intérêts qui seront dus si le débiteur principal n'exécute pas l'obligation. — Duranton, XII, n. 21 ; Aubry et Rau, IV, p. 149, note 3; Colmet de Santerre, V, n. 176 *bis*-II ; Demolombe, XXVII, n. 71 ; Larombière, IV, p. 76

1403. Mais, lorsque le créancier n'a pas intérêt à ce que l'obligation soit remplie par le débiteur lui-même, la règle générale reprend son empire, et, par suite, un tiers, intéressé ou non, peut accomplir le fait à la place du débiteur. Arg. *a contrario* de l'art. **1237**. En principe, il en est ainsi pour tous les ouvrages qui, vu leur nature, ne portent pas en eux-mêmes la marque de la personnalité de leur auteur. Citons, à titre d'exemple, les travaux de maçonnerie, de terrassement, de viticulture. Ce qu'il faut au créancier, c'est que de pareils travaux soient bien exécutés; mais il ne lui importe point qu'ils soient exécutés par tel ouvrier en particulier. Dans les exemples que nous avons donnés, tous les maçons, tous les terrassiers, tous les vignerons qui sont aussi habiles que le débiteur peuvent, sans préjudice pour le créancier, accomplir le fait promis. L'ouvrage n'aura pas une physionomie différente suivant qu'il aura été exécuté par telle personne ou par telle autre (1).

1404. Toutefois, même en ce qui concerne les faits de cette catégorie, un tiers n'aurait pas le droit de se substituer au débiteur, si, aux termes d'une clause spéciale, le fait promis devait nécessairement émaner du débiteur lui-même (2). Il résulterait d'une pareille stipulation que le créancier, contrairement aux vraisemblances, a intérêt à ce que le fait soit accompli par le débiteur personnellement, et cette clause, comme toute autre convention licite, ferait la loi des parties. Art. **1134** (3).

1405. L'art. **1237** ne vise expressément que les obligations

(art. 1237, n. 1); Laurent, XVII, n. 492; Huc, VIII, n. 11, p. 22. — Cette solution était d'ailleurs celle du droit romain : « *Fidejussor ipse... non liberabit reum* ». L. 31 pr., D., *De solut. et liber.*, XLVI, 3.

(1) L., 31 pr., D., *De solut. et liber.* — Pothier, *Oblig.*, n. 500, al. 3.

(2) « ... *Si ... hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat ...* », même loi.

(3) Demolombe, XXVII, n. 273; Huc, VIII, n. 11, p. 22. — Cpr. C. civ. port., art. 747, § unique; C. civ. mexic., art. 1538. — Est-il exact qu'on rencontre parfois, comme le prétendent MM. Larombière et Demolombe, de ces sortes de clauses dans les cahiers des charges relatifs aux adjudications d'entreprises ou de travaux pour le compte des grandes compagnies, des régies publiques, des communes, des départements ou de l'Etat? Sur cette question spéciale, v. Huc, VIII, n. 12, p. 22 *in fine*, 24.

de faire. C'est qu'en effet, relativement aux obligations de donner, il est très généralement indifférent au créancier que le paiement soit fait par le débiteur ou par une autre personne. Cependant, lorsqu'il est démontré d'une façon précise que le créancier a intérêt à ce qu'une obligation de cette dernière nature soit exécutée par le débiteur lui-même, il convient d'appliquer la disposition de l'art. 1237. Cela ressort du motif de cette disposition [1].

1406. Mais, à notre avis, en ce qui concerne les obligations de donner, le droit pour les tiers de payer ne serait pas écarté par cela seul que, d'après une convention formelle des parties, l'exécution ne devrait émaner que du débiteur. Ici, en l'absence d'une preuve positive de l'intérêt qu'aurait le créancier à ce que l'obligation ne fût pas exécutée par une autre personne, il faudrait voir dans cette clause une atteinte à une règle inspirée par la faveur de la libération. Or cette règle, puisque tel est son fondement, touche à l'intérêt général [2].

II. *Conditions requises dans la personne de celui qui paie.*

1407. « *Pour payer valablement,* dit l'art. 1238, al. 1er, » *il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement et* » *capable de l'aliéner* ». Ainsi, d'après le Code, un paiement n'est valable que si deux conditions se rencontrent dans la personne de celui qui paie.

Avant d'examiner ces conditions en détail, notons que leur énoncé même suppose qu'il s'agit d'un paiement translatif de propriété [3]. Autant il est rationnel d'exiger pour la validité du paiement que le *solvens* soit propriétaire et capable d'aliéner lorsqu'en payant il aliène, autant il serait incom-

(1) Aubry et Rau, IV, p. 149, note 5; Demolombe, XXVII, n. 74. — Paris, 13 mai 1814, S. chr., IV, 2, 388, col. 2.

(2) Huc, VIII, p. 21, n. 11, al. 2.

(3) L'art. 1138, al. 1er, a été l'objet de vives critiques. V. notamment Toullier, VII, n. 6; Marcadé, IV, n. 682; mais ces critiques sont au moins très exagérées. — V. nos explications ci-dessus. — Mourlon, II, n. 1323; Demolombe, XXVII, n. 85-86; Laurent, XVII, n. 493; Vigié, II, n. 1515, note. — Mais Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*, a eu tort de dire en termes absolus : « Le paiement est un transport de propriété ». — Fenet, XIII, p. 265; Locré, XII, p. 365, n. 116.

préhensible que cette double condition fût requise lorsqu'en payant, il n'aliène pas [1]. Ce serait même contradictoire si, en vertu du principe posé dans l'art. 1138, la propriété de la chose payée a été déjà transmise au moment du contrat [2]. Ainsi, aux termes de l'art. 1583, quand il y a vente d'un corps certain et déterminé, la propriété est acquise à l'acheteur, dans les rapports des parties, dès qu'elles sont convenues de la chose et du prix, *quoique la chose n'ait pas encore été livrée*... Concevrait-on que, d'autre part, le législateur exigeât que le vendeur fût propriétaire et capable d'aliéner lorsqu'il paie, c'est-à-dire lorsqu'il fait la délivrance? Ce serait absurde. Si l'acheteur acquiert la propriété au moment de la vente, il faut bien que le vendeur la perde au même instant. Donc, lorsque ce dernier fera la délivrance, la chose, nécessairement, ne lui appartiendra plus [3].

Ainsi l'art. 1138 s'applique exclusivement dans les cas où le paiement est translatif de propriété. Or, le paiement présente ce caractère :

1° Lorsqu'il est fait en exécution d'une obligation de donner ayant pour objet une quantité, ou des choses déterminées seulement quant à leur espèce.

2° Lorsque, en supposant une obligation de donner ayant pour objet un corps certain, il a été convenu entre les parties, par dérogation à la disposition de l'art. 1138, que le débiteur resterait propriétaire jusqu'au paiement.

3° Lorsque, à la place du corps certain qui est dû, le *sol-*

[1] Aussi le Code civil italien a-t-il précisé ainsi : « Le paiement *qui a pour objet de transférer au créancier la propriété de la chose payée* n'est pas valable, s'il n'est pas fait par celui qui est propriétaire de la chose et capable de l'aliéner », art. 1240, al. 1. — Cpr. C. civ., arg. art. 738. — C. civ. esp , art. 1160.

[2] Certaines obligations, qui, cependant, consistent à payer une chose déterminée, ne peuvent même pas se concilier avec cette idée que le débiteur était propriétaire de cette chose au moment où elles ont pris naissance. Il en est ainsi de l'obligation de restituer qui existe à la charge du commodataire, du gagiste, du dépositaire, du locataire.

[3] A vrai dire, quand la propriété de la chose a été transférée au moment du contrat et dès avant la tradition, l'obligation qui subsiste à la charge du débiteur n'est pas une obligation de *donner*, mais bien une obligation de faire. Or, cette double condition que le *solvens* doit être propriétaire de la chose et capable d'aliéner est exigée seulement pour les obligations de *donner*. C'est ce qui ressort des explications de Pothier, *Oblig.*, n. 495 (édit. Dupin, I, p. 300).

vens donne une autre chose au créancier qui accepte; en un mot, lorsqu'il y a *datio in solutum* (1).

1408. Si l'on se trouve dans l'un des cas où l'art. 1238 est applicable et que le paiement n'ait pas encore été fait, le créancier peut certainement le refuser. En effet, si un pareil paiement avait lieu, il ne serait pas valable, puisque, par hypothèse, il ne satisferait pas aux conditions exigées par l'art. 1238. Or on ne peut forcer le créancier à recevoir un paiement nul. Voilà qui ne peut souffrir aucune difficulté.

Mais si le paiement a été accepté par le créancier, alors que l'une des conditions dont il s'agit faisait défaut, la question se complique. Pour la résoudre nous aurons à examiner successivement le cas où le *solvens* n'est pas propriétaire et celui où il n'est pas capable d'aliéner.

A. *Du paiement fait par un non propriétaire.*

1409. Quand la chose n'appartient pas au *solvens,* le paiement est nul. C'est bien ce qui résulte des termes de la loi puisqu'elle dispose qu'il faut, pour la validité du paiement, qu'il soit fait par le propriétaire de la chose payée. D'ailleurs le second alinéa de l'art. 1238 suppose bien que, lorsque cette condition n'est pas remplie, le *solvens* peut répéter la chose qu'il a livrée. Or la possibilité de la répétition implique la nullité du paiement.

Par qui cette nullité peut-elle être invoquée ? Il est manifeste qu'elle peut l'être par le créancier, puisque c'est dans son intérêt qu'elle a été établie. Mais, nous le verrons, le débiteur a, lui aussi, le droit de s'en prévaloir. C'est là une particularité remarquable, car la nullité dont nous parlons n'est pas d'ordre public, et, par suite, si l'application des principes avait été maintenue en ce qui la concerne, elle n'aurait pu être demandée que par celui en faveur de qui elle a été admise, c'est-à-dire par le créancier.

Ainsi, dans le cas prévu, la nullité du paiement doit être envisagée dans les relations du créancier et du débiteur, et

(1) Evidemment, cette proposition est exacte, que la *datio in solutum* émane du débiteur ou d'un tiers.

comme pouvant être invoquée soit par l'un, soit par l'autre. Mais cette nullité a des conséquences au regard du propriétaire de la chose payée. On ne saurait admettre qu'en principe au moins, le paiement lui est opposable. Il y a donc lieu aussi de rechercher comment doivent être réglés les rapports de ce tiers avec le créancier.

En un mot, nous aurons à déterminer d'abord le droit du créancier, puis celui du débiteur et enfin celui du tiers propriétaire.

1. *Droit du créancier.*

1410. Il est évident que le créancier est admis à demander la nullité du paiement, car c'est dans son intérêt, comme nous venons de le dire, qu'elle a été établie. Et il peut la demander, même quand il n'a pas été évincé et qu'il n'est pas troublé par une action en revendication émanant du propriétaire. C'est dans la nullité même du paiement que son action prend sa source.

De plus, le créancier peut réclamer au débiteur des dommages-intérêts, en se fondant sur ce que la chose n'appartenait pas à celui-ci.

Mais, bien entendu, il n'est admis à faire annuler le paiement qu'à la charge pour lui de restituer ce qu'il a reçu du débiteur.

Ces solutions — à peine est-il besoin de le dire — ne sont applicables que si le créancier était de bonne foi au moment du paiement, en d'autres termes que s'il ignorait que le *solvens* n'était pas propriétaire de la chose livrée. Dans l'hypothèse contraire, il ne saurait prétendre n'avoir pas connu le danger qui le menaçait, et, en acceptant la chose, il aurait implicitement consenti à supporter les risques d'éviction.

1411. Supposons que le propriétaire ait ratifié le paiement ou que, postérieurement à la délivrance, le débiteur ait acquis la propriété de la chose par lui fixée. Dans ces deux cas, le créancier ne peut plus demander l'annulation du paiement. Il n'aurait, d'ailleurs, aucun intérêt à l'obtenir, puisque le débiteur, après que la chose lui aurait été rendue,

pourrait le forcer à la recevoir de nouveau en paiement [1].

1412. Mais en est-il ainsi quand le créancier est dans les conditions voulues pour opposer au propriétaire la prescription acquisitive ? La chose qui a été donnée en paiement et qui n'appartient pas au *solvens* est un immeuble, et l'usucapion s'est accomplie au profit du créancier. Or celui-ci prétend, néanmoins, faire annuler le paiement. Le peut-il ? On a répondu négativement en faisant observer qu'il n'a plus intérêt à exercer l'action en nullité, puisque la propriété de la chose payée se trouve maintenant lui être acquise. Arg. art. 2219. Mais ce raisonnement est sans valeur. C'est à celui au profit de qui la prescription s'est accomplie de décider si, en conscience, il a le droit de l'opposer. Lui seul peut se prononcer sur le point de savoir si, en faisant valoir ce moyen, il ne commettrait pas une spoliation. Aussi a-t-il, comme le déclare formellement l'art. 2220, le droit de renoncer à la prescription acquise et même, comme l'ajoute l'art. 2221, le droit d'y renoncer tacitement. Le législateur a tellement tenu à lui laisser toute liberté sur ce point qu'il a interdit aux juges de suppléer d'office le moyen tiré de la prescription. Art. 2223. Qu'on n'objecte pas la disposition de l'art. 2225 ! Sans doute : « Les créanciers ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce ». Mais, dans l'hypothèse, le débiteur ne saurait exciper de cette disposition, car il n'a pas rempli son obligation, et, nonobstant la prescription, ce n'est point de lui que le créancier tient son titre de propriétaire [2].

1413. On connaît la controverse qui existe en ce qui concerne le fondement juridique de la règle « *En fait de meubles, possession vaut titre* », consacrée par l'art. 2279, al. 1. D'après quelques auteurs, ce fondement serait une prescription, avec

[1] Duranton, XII, n. 32 ; Demolombe, XXVII, n. 93. — Il en serait de même si le tiers propriétaire devenait l'unique héritier du *solvens*. Duranton, *loc. cit.*

[2] *Sic* Marcadé, IV, n. 683-1° *in fine ;* Colmet de Santerre, V, n. 177 *bis*-XIII ; Demolombe, XXVII, n. 95 ; Laurent, XVII, n. 496 ; Thiry, III, n. 47. — *Contra* Delvincourt, II, p. 540 ; Duranton, XII, n. 31 ; Zachariæ, § 316 texte *in fine ;* Aubry et Rau, IV, p. 152, note 17. — Cpr. Huc, VIII, n. 15.

cette particularité singulière qu'il y aurait, dans ce cas, une prescription *instantanée*. D'autres voient dans la disposition de l'art. 2279, al. 1, un mode spécial d'acquisition *lege*. D'autres encore pensent que la maxime « *En fait de meubles...* » est fondée sur une présomption légale de propriété, présomption déduite de la possession [1].

Quelle que soit l'opinion qu'on adopte, il faut dire que, lorsque le créancier pourrait, en invoquant la disposition de l'art. 2279, al. 1, repousser l'action en revendication, il a néanmoins le droit de faire prononcer la nullité du paiement. Si l'on pense que la règle « *En fait de meubles...* » a pour base une prescription, cette question se confond avec celle étudiée au précédent numéro, et, par conséquent, les arguments présentés plus haut conservent ici toute leur force. Si l'on voit dans la disposition dont il s'agit une présomption légale ou un mode d'acquisition *lege*, le créancier doit être admis encore à exercer l'action en nullité. Qu'on se prononce pour le premier ou pour le second de ces deux derniers systèmes, le moyen résultant de la règle « *En fait de meubles...* » est susceptible d'inspirer au créancier autant de répugnance que celui tiré de la prescription acquisitive. L'abstention du créancier, dans la présente hypothèse, se comprend d'autant plus que la disposition de l'art. 2279, al. 1, permettant, du moins sous certaines conditions, de dépouiller instantanément le propriétaire, est de nature à paraître particulièrement rigoureuse. D'ailleurs de quel droit le débiteur prétendrait-il invoquer ici l'acquisition *lege* ou la présomption légale ? [2]

1414. Le créancier est donc admis à demander la nullité du paiement, alors même qu'il pourrait triompher de la revendication en opposant le moyen tiré de la prescription acquisitive ou de la maxime : « *En fait de meubles...* »

Qu'on ne dise pas que cette solution a le grave défaut de

[1] V. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescript.*, n. 830-835.

[2] Cpr. Marcadé, IV, n. 683-1°, al. 2 ; Colmet de Santerre, V, n. 177 *bis*-XII ; Laurent, XVII, n. 496 ; Thiry, III, p. 66, n. 47. — *Contra :* Duranton, XII, n. 31 ; Aubry et Rau, IV, p. 152 ; Larombière, IV, p. 81 (art. 1238, n. 5). — Cpr. Huc, VIII, p. 26, n. 15 *in princ.*

sacrifier l'intérêt social, son application devant avoir pour conséquence l'instabilité indéfinie de la propriété de la chose payée. Dans les circonstances qui nous occupent, l'action du créancier serait, comme toutes les actions en général, soumise à la disposition de l'art. 2262, et, par conséquent, ne pourrait durer que trente ans (1).

Il faut même noter à ce sujet que, si le propriétaire de la chose payée est un mineur ou un interdit, la prescription de l'action en nullité pourra être acquise avant que l'usucapion se soit accomplie au profit du créancier (2).

1415. On verra que le débiteur ne peut pas répéter la chose si le créancier l'a consommée de bonne foi. Art. 1238, al. 2. Mais, de son côté, dans la même hypothèse, le créancier n'est pas admis à faire annuler le paiement, car la consommation de la chose lui a procuré tout le profit qu'il aurait eu si la livraison de celle-ci lui avait transféré la propriété (3).

1416. Le créancier peut, au contraire, agir en nullité même après que la chose qui lui a été livrée a péri par cas fortuit.

Ici, en effet, il n'y a plus la même raison de décider, et on ne saurait expliquer pourquoi l'action du créancier devrait s'éteindre par la perte accidentelle de la chose payée. Le créancier est débiteur en ce sens qu'il est tenu de restituer cette chose. Or, c'est un principe général que la perte de la chose due libère le débiteur (4). Ce n'est donc pas pour le créancier que la chose a péri, et il s'ensuit qu'il n'a rien reçu en paiement (5).

(1) V. notamment Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, n. 591.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 177 *bis*-XIII *in fine;* Demolombe, XVII, n. 95.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 177 *bis*-X *in fine;* Demolombe, XXVII, n. 103; Laurent, XVII, n. 498; Huc, VIII, n. 16, p. 28.

(4) *Debitor rei certæ fortuito interitu rei liberatur.* C'est ce principe qui, d'après nous, doit servir à résoudre la question des risques. Mais, se prononcerait-on pour la maxime *Res perit domino*, qu'il ne faudrait pas moins adopter la solution donnée ci-dessus, car le créancier n'étant pas devenu propriétaire, on ne saurait dire que la chose a péri pour son compte et le paiement demeurant nul ne serait pas libératoire.

(5) *Sic* Marcadé, IV, n. 684; Colmet de Santerre, V, n. 177 *bis*-XIV; Demolombe, XXVII, n. 96; Laurent, XVII, n. 497; Huc, VIII, n. 15 *in fine*, p. 27. — *Contra* Duranton, XII, n. 32.

2. *Droit du débiteur.*

1417. A notre avis, le débiteur peut faire annuler le paiement, et, en conséquence, il peut demander la restitution de la chose par lui livrée. Cette solution est combattue par quelques auteurs. Et d'abord on objecte la maxime : « Qui doit garantir, ne peut évincer ». Le débiteur était tenu de transférer la propriété; il doit, par suite, garantir le créancier contre toute éviction. Comment aurait-il le droit de l'évincer lui-même? La réponse est facile : La maxime « Qui doit garantir, ne peut évincer » signifie que la personne tenue de l'obligation de garantie ne peut revendiquer la chose à propos de laquelle cette obligation existe. Or, dans notre cas, le débiteur ne revendique pas, et, au surplus, du moment qu'il n'est pas propriétaire, il ne saurait être question pour lui de revendiquer.

On fait encore observer que la nullité du paiement, n'étant pas d'ordre public, ne doit pouvoir être opposée que par celui dans l'intérêt de qui elle a été établie, c'est-à-dire par le créancier. Mais l'argument tombe devant cette constatation que, dans l'hypothèse, le législateur a écarté l'application du droit commun. Aux termes de l'art. 1238, al. 2, la répétition est refusée au débiteur quand la chose a été consommée de bonne foi par le créancier (1). Il en résulte que le débiteur peut, au contraire, répéter la chose, quand elle a été consommée de mauvaise foi ou quand elle n'a pas été consommée (2). D'après certains auteurs, cette dérogation aux principes aurait été admise dans l'intérêt du débiteur : il n'eût pas été

(1) On ne saurait prétendre que c'est de l'action en revendication du propriétaire qu'il s'agit dans l'art. 1238, al. 2. Ces mots, *le paiement ne peut être répété*, prouvent assez que le législateur avait en vue les rapports entre le créancier et le débiteur. D'ailleurs, il n'est pas douteux que lorsque le paiement a été fait par un incapable, c'est au *solvens* que, par exception, la répétition est refusée si la chose a été consommée de bonne foi. Il faut décider qu'il en est de même lorsque le paiement a été fait par un non-propriétaire, les deux cas étant réglés cumulativement par la même disposition.

(2) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 177 *bis*-VII et VIII; Mourlon, II, n. 1325; Aubry et Rau, IV, p. 152, note 16; Laurent, XVII, n. 499; Huc, VIII, p. 27, n. 16; Thiry, III, n. 47, p. 67; Planiol, II, n. 430. — *Contra* Zachariæ, § 316, texte et note 10; Marcadé, IV, n. 683-1°; Larombière, IV, p. 82 (art. 1238, n. 5, al. 4).

juste, dit-on, que le créancier pût indéfiniment demander la nullité du paiement et que le débiteur n'eût pas le droit de conjurer un pareil danger. De plus, le débiteur se trouve sous le coup d'une action en dommages-intérêts de la part du propriétaire; il est donc pour lui d'une grande importance d'avoir la chose à sa disposition lorsqu'elle lui sera réclamée, tandis que le créancier ne subira aucune perte en la restituant, puisqu'il recevra une autre chose équivalente. Mais, selon nous, tel n'est pas le motif de la dérogation. Le débiteur qui a livré la chose d'autrui est en faute. Il ne méritait pas la faveur de la loi. A nos yeux, c'est l'intérêt du propriétaire qui a inspiré la disposition de l'art. 1238, al. 2. La plupart du temps, le créancier étant en situation de lui opposer la règle « *En fait de meubles, la possession vaut titre* », le propriétaire ne pourra pas exercer utilement contre lui son action en revendication, tandis qu'il lui sera possible de revendiquer utilement contre le débiteur après que celui-ci aura, par l'action en répétition, obtenu la restitution de la chose livrée. Il pourra même, s'il y a lieu, exercer l'action en répétition au nom du débiteur, en vertu de l'art. 1166. Le droit pour le débiteur de répéter ladite chose importe d'autant plus au propriétaire que, la plupart du temps, le débiteur sera insolvable, ainsi que le donne à penser le fait même qu'il a payé avec la chose d'autrui. La condamnation à des dommages-intérêts que le propriétaire obtiendrait contre lui serait donc illusoire [1].

1418. Mais, sauf la nécessité de restituer la chose livrée, le créancier a, dans notre cas, un droit acquis à tous les avantages que le paiement lui a procurés. Aussi le débiteur ne peut-il répéter cette chose qu'à la condition d'en livrer au créancier une autre exactement équivalente et d'indemniser ce dernier de tout le préjudice que la répétition peut lui causer. Et c'est justice, car si le paiement est nul, la faute en incombe au débiteur. Ainsi, alors même qu'au moment du paiement le débiteur aurait pu, en s'autorisant de l'art. 1246, se libérer en livrant une chose de moindre valeur, il doit, lorsqu'il exerce la répétition, remettre au créancier l'équiva-

[1] *Sic* Laurent, *loc. cit.* — *Contra* Colmet de Santerre, *loc. cit.*

lent de ce qu'il reprend. Ce serait, en effet, une erreur de croire que le débiteur dont l'action réussit se trouve rétabli à tous égards dans la situation qu'il avait avant le paiement.

De même, si l'obligation était alternative, le débiteur, quand il exerce la répétition, ne peut forcer le créancier à recevoir qu'une chose de l'espèce de celle qui lui a été livrée. Et il en est ainsi même dans le cas où l'option appartenait au débiteur. La répétition n'a pas pour effet de permettre à celui-ci de revenir sur le choix qu'il a fait [1].

1419. Le droit pour le débiteur de répéter la chose qu'il a livrée souffre une exception ainsi énoncée dans l'art. **1238**, al. **2** : « *Néanmoins le paiement d'une somme en argent ou autre chose qui se consomme par l'usage ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommé de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable d'aliéner* ». Cependant cette circonstance que le créancier a consommé de bonne foi la chose payée ne rend point la répétition impossible. Il ne faut pas confondre la répétition avec la revendication. Si, dans notre cas, le débiteur ne peut pas, au moyen de l'action en répétition, obtenir la chose elle-même, il n'y aurait aucune impossibilité à ce qu'il en obtînt l'équivalent. Mais à quoi cela servirait-il ? Si, comme nous le croyons, c'est dans l'intérêt du propriétaire qu'en principe la répétition a été accordée au débiteur, il faut remarquer que cet intérêt fait défaut dans notre cas. Le créancier, puisque, par hypothèse, il a consommé la chose livrée, ne pourrait remettre au débiteur qu'une chose de même espèce. Or, une fois cette dernière chose entre les mains du débiteur, le propriétaire ne pourrait pas la revendiquer, puisque son droit de propriété ne porterait pas sur elle. Et, d'autre part, comme le débiteur, en la recevant, serait tenu d'indemniser complètement le créancier, c'est-à-dire de lui remettre une valeur absolument égale, le montant de son actif resterait le même, et, par suite, le propriétaire n'aurait même pas une plus grande chance d'obtenir des dommages-intérêts.

[1] Colmet de Santerre, V, n. 177 *bis*-IX ; Demolombe, XXVII, n. 102.

Si, comme le pensent plusieurs auteurs, c'est dans l'intérêt du débiteur que la loi a permis à celui-ci de répéter la chose payée, on ne voit pas davantage à quoi servirait la répétition, au cas de consommation. Elle ne donnerait pas au débiteur le moyen d'échapper à l'action en dommages-intérêts du propriétaire, puisque, n'obtenant pas la chose elle-même, il ne pourrait pas désarmer le propriétaire en la lui remettant.

1420. Pour que la disposition de l'art. 1238, al. 2, soit applicable, il faut 1° que la chose ait été consommée, 2° que la consommation ait eu lieu de bonne foi. Si la chose livrée consiste en denrées, il y aura consommation quand la chose aura été anéantie par l'usage auquel, par sa nature même, elle était destinée. Mais la consommation peut résulter encore de ce que la chose, ayant été transformée, a cessé d'exister au point de vue juridique, par exemple de ce que les pierres livrées par le débiteur ont été employées par le créancier dans une construction.

Quant aux sommes d'argent, elles sont réputées consommées toutes les fois que les pièces mêmes reçues par le créancier ont été dépensées par lui, notamment lorsqu'il s'en est servi pour acquitter une dette ou pour faire un prêt [1].

1421. Mais les deniers remis en paiement doivent-ils être réputés consommés par cela seul que le créancier les a mêlés avec d'autres pièces semblables, lui appartenant? Oui, d'après nous. Dans ce cas il y a consommation civile des deniers. Ce qui le prouve bien, c'est qu'il est impossible de reconnaître les pièces livrées par le débiteur. On prétend que cette solution est trop rigoureuse. Mais comment justifier cette appréciation? Il ne faut pas perdre de vue que le débiteur ne pourra répéter la somme payée qu'en indemnisant le créancier, c'est-à-dire en lui donnant précisément la même somme, sans préjudice des dommages-intérêts. De plus les pièces que le créancier remettrait au débiteur ne seraient pas celles du propriétaire, et, par conséquent, celui-ci ne pourrait pas les

[1] Duranton, XII, n. 53; Larombière, IV, p. 86 (art. 1238, n. 10); Demolombe, XXVII, n. 107; Laurent, XVII, p. 494, n. 502.

revendiquer. Dans ces conditions, il nous semble que le refus du droit de répétition ne blesse aucunement l'équité [1].

1422. Pour que la répétition soit refusée au débiteur, il ne suffit pas que le créancier ait consommé la chose; il faut encore qu'il l'ait consommée de bonne foi, c'est-à-dire dans la croyance qu'elle appartenait au débiteur. C'est donc vainement que la bonne foi aurait existé au moment de la livraison, si elle avait disparu lors de la consommation.

Que décider dans l'hypothèse suivante : quand la chose a été livrée, le créancier savait qu'elle appartenait à un tiers, et, par suite, il était de mauvaise foi, mais, quand il l'a consommée, il était persuadé qu'elle était devenue la propriété du débiteur, et, à raison des circonstances, son erreur était naturelle? En présence des termes formels de l'art. **1238**, l'hésitation ne nous semble pas permise : la consommation ayant été faite de bonne foi, le débiteur n'a pas l'action en répétition [2].

1423. La disposition de l'art. **1238**, al. **2**, n'est qu'une application de ce principe que le créancier échappe à la répétition toutes les fois que, sans sa faute, il est dans l'impossibilité de restituer la chose reçue en paiement. Aussi la solution qui est expressément donnée par notre texte quant aux sommes d'argent et aux choses qui se consomment par l'usage, devrait, le cas échéant, être étendue aux choses non consomptibles.

Si, par exemple, la chose livrée était un cheval et que le créancier l'eût vendu ou échangé, il n'y aurait pas lieu à répétition, en supposant, bien entendu, que le créancier fût de bonne foi au moment de l'aliénation qu'il a consentie [3].

3. *Droit du tiers propriétaire.*

1424. Le paiement fait avec une chose qui n'appartient pas au *solvens* est, par rapport au tiers propriétaire de celle-ci, *res inter alios acta*. Peu importe à ce tiers que le paie-

[1] Cpr. Duranton, XII, n. 33; Demolombe, XXVII, n. 108. — *Contra :* Larombière, IV, p. 86 (art. 1238, n. 10); Laurent, XVII, n. 502; Huc, VIII, n. 16, p. 28.

[2] Demolombe, XXVII, n. 104. — *Contra :* Larombière, IV, p. 86 (art. 1238, n. 8).

[3] Demolombe, XVII, n. 109.

ment dont il s'agit ait eu pour but de transférer au créancier la propriété de sa chose. Cette translation n'aurait pu s'opérer que par son fait. Il demeure donc propriétaire, et, par suite, il peut revendiquer. Ce n'est pas, d'ailleurs, dans la disposition de l'art. 1238 qu'il puise ce droit. Cette disposition lui est étrangère. Elle est relative à la répétition. Or, l'action qui appartient au véritable propriétaire est d'une nature différente. C'est une action en revendication. Mais le droit que nous reconnaissons à ce tiers découle des principes généraux : du moment qu'on est propriétaire, on peut revendiquer.

Contre qui, dans notre hypothèse, l'action en revendication est-elle admise? Tout d'abord, contre le débiteur. Il ne possède plus, il est vrai; mais il n'en est pas moins responsable envers le propriétaire parce qu'il n'a cessé de posséder que par sa faute en livrant la chose en paiement au créancier. Le propriétaire peut aussi revendiquer contre le créancier, qui tombe sous le coup de son action comme détenteur de sa chose.

Mais, s'il s'agit d'un immeuble, le créancier pourra paralyser la revendication en opposant au propriétaire la prescription de trente ans ou celle de dix à vingt ans, suivant le cas. Et, s'il s'agit d'un objet mobilier corporel, il pourra la paralyser immédiatement, en supposant qu'il se trouve dans les conditions requises pour invoquer la maxime *En fait de meubles, la possession vaut titre.* Art. 2279 (1).

Quant au débiteur, il ne sera à l'abri de l'action en revendication que lorsque la prescription sera accomplie à son profit, et comme, par hypothèse, il est de mauvaise foi, il ne peut être question, en ce qui le concerne, que de la prescription de trente ans (2).

B. *Du paiement fait par un incapable.*

1425. Pour que le paiement soit valable, il ne suffit pas que le *solvens* soit propriétaire de la chose livrée. Il faut, de

(1) Marcadé, IV, n. 683-1° *in fine;* Colmet de Santerre, V, n. 177 *bis*-XI; Aubry et Rau, IV, p. 152; Demolombe, XVII, n. 115; Laurent, XVII, p. 493, n. 503; Huc, VIII, n. 16, p. 28; Planiol, II, n. 431.

(2) Demolombe, XXVII, n. 112.

plus, qu'il soit capable d'aliéner. Nous rappelons que cette condition, comme la précédente, suppose, par la force même des choses, qu'il s'agit d'un paiement destiné à transférer la propriété.

Quelles sont les personnes incapables d'aliéner? C'est un point que nous n'avons pas à examiner ici. Disons simplement que les personnes indiquées par l'art. **1124** comme incapables de contracter, sont aussi, en général, incapables d'aliéner. Tel est donc le cas pour les mineurs, les interdits et les femmes mariées. Mais, quant à ces dernières, on sait que leur incapacité n'est pas la même sous les divers régimes matrimoniaux et qu'elle est diminuée par la séparation de biens et presque entièrement supprimée par la séparation de corps.

On a vu que, lorsque le paiement est fait par un non-propriétaire, il faut envisager la situation non seulement dans les rapports qui naissent entre le débiteur et le créancier, mais encore dans les relations du tiers propriétaire, soit avec le créancier, soit avec le débiteur. L'hypothèse que nous avons à étudier maintenant est beaucoup plus simple. Elle ne met en présence que deux personnes, le débiteur et le créancier.

1426. Quand le *solvens* est incapable d'aliéner, le paiement est annulable. Cela résulte à l'évidence de ce qu'aux termes de l'art. **1238**, « pour payer *valablement*, il faut être capable d'aliéner ». D'ailleurs, d'une façon générale, les actes faits par des incapables peuvent être annulés [1].

Lorsque c'est la première des conditions exigées par l'art. **1238** qui fait défaut, c'est-à-dire lorsque le *solvens* n'est pas propriétaire de la chose livrée, dans ce cas aussi le paiement est annulable. Cependant la sanction n'est point la même pour les deux conditions. Quand le paiement est fait par un non-propriétaire, la nullité, comme nous l'avons dit, peut être invoquée soit par le créancier, soit même par le débiteur, bien qu'elle ne soit pas établie dans l'intérêt de ce dernier. Mais, quand le *solvens* est incapable d'aliéner, c'est lui seul qui est admis à faire tomber le paiement.

[1] Aubry et Rau, IV, p. 151, note 12.

1427. Cette première différence en engendre une autre. En supposant un paiement fait par un non-propriétaire, la perte fortuite de la chose livrée est pour le compte du débiteur, car elle n'empêche pas le créancier de demander l'annulation du paiement et la remise d'une autre chose; les risques sont donc alors pour le *solvens*. Dans l'hypothèse que nous examinons actuellement, si la chose livrée est détruite par cas fortuit, c'est, au contraire, pour le compte du créancier qu'elle périt. Celui-ci, en effet, ne peut pas exercer l'action en nullité. Le débiteur seul est admis à le faire, et il s'abstiendra évidemment d'user de ce droit, car l'annulation du paiement aurait pour unique effet de le mettre dans la nécessité de donner une autre chose au créancier. Il s'ensuit que, dans ce cas, les risques sont pour ce dernier (1).

1428. Il semble, d'ailleurs, tout d'abord que, même quand la chose livrée n'a pas péri par cas fortuit, le débiteur incapable n'ait pas intérêt à demander la nullité du paiement. Et, de fait, il en sera ainsi la plupart du temps. Le débiteur ne serait-il pas tenu, après l'annulation, de remettre au créancier l'équivalent de ce que celui-ci lui rendrait? Par exception, cependant, il peut arriver qu'il soit avantageux pour le débiteur d'exercer son action. Supposons que la dette fût à terme et qu'il ait payé avant l'échéance : il lui importera de faire annuler le paiement pour rentrer en possession de la chose et en user jusqu'à l'époque de l'exigibilité. De même si l'objet de l'obligation n'était déterminé que par son espèce et que la chose donnée en paiement fût d'une valeur plus que moyenne, le débiteur sera intéressé à demander la nullité, car elle lui permettra de se libérer en donnant une chose de moindre valeur. Cela peut encore se produire au cas d'obligation alternative, en supposant que le débiteur incapable eût l'option et qu'il ait choisi la chose dont la valeur est la plus grande. Dans ce cas, il y a intérêt pour lui à répéter cette chose, sauf à livrer celle qui vaut le moins. Il en est de même lorsque le *solvens* devait une certaine chose,

(1) Marcadé, IV, n. 684; Colmet de Santerre, V, n. 177 *bis*-XVI; Demolombe, XXVII, n. 124; Laurent, XVII, n. 507; Huc, VIII, n. 17, p. 29.

avec faculté d'en donner une autre en paiement, et qu'il a pris le parti le moins avantageux pour lui [1].

1429. La capacité d'aliéner, nous l'avons dit, n'est requise chez le débiteur que lorsqu'il s'agit d'un paiement constituant une aliénation. Si la propriété de la chose livrée a été transférée auparavant par l'effet de la convention, le débiteur peut, malgré son incapacité, délivrer valablement cette chose.

Une femme non mariée vend un immeuble déterminé. La propriété de cet immeuble est immédiatement transmise à l'acheteur. Article 1583. Puis cette femme se marie, et, sans se faire autoriser par son mari ni par justice, elle délivre l'immeuble vendu. Elle ne sera pas admise à demander la nullité de ce paiement, en se fondant sur ce qu'elle était incapable d'aliéner sans autorisation, car il n'avait point pour but de transférer la propriété. D'ailleurs il était de nature à profiter à la femme en conjurant les poursuites que le créancier était en droit d'exercer contre elle si elle n'avait pas délivré la chose vendue [2].

1430. L'incapable qui fait un paiement conserve néanmoins le droit d'attaquer l'obligation en exécution de laquelle ce paiement a lieu, si elle était annulable ou rescindable. Dans ce cas, la livraison de la chose due ne fait pas naître contre le débiteur une fin de non-recevoir. Qu'on ne dise pas que le paiement, constituant une exécution volontaire, a pour effet de confirmer l'obligation. L'exécution volontaire ne vaut confirmation que si elle a lieu à l'époque où l'obligation aurait pu être confirmée. Art. 1338 [3].

1431. Le paiement, lorsqu'il émane d'un incapable, de même que lorsqu'il a été fait par un non propriétaire, ne peut être annulé si le créancier a consommé de bonne foi la chose livrée ou, d'une façon plus générale, s'il se trouve sans sa faute dans l'impossibilité de restituer cette chose.

(1) Mourlon, II, n. 1327; Laurent, XVII, n. 508; Huc, VIII, n. 17, p. 29. — Cpr. Demolombe, XXVII, n. 130. — V. cependant Planiol, II, n. 432.

(2) Demolombe, XXVII, n. 126; Laurent, XVII, p. 502, n. 510.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 151, note 15; Demolombe, XXVII, n. 127; Laurent, XVII, n. 510, al. 2.

Mais, appliquée au paiement fait par un incapable, cette disposition est contraire aux principes qui déterminent les conséquences de l'incapacité d'aliéner, et elle ne saurait être justifiée, du moins lorsque la consommation a enrichi le créancier et que le profit qui en est résulté pour lui subsiste encore au moment où la nullité est demandée. La répétition aurait dû être permise alors jusqu'à concurrence de l'enrichissement, car il n'y avait aucune raison pour laisser le créancier réaliser un bénéfice aux dépens du débiteur incapable [1].

III. *A qui le paiement doit être fait.*

1432. Le paiement n'est valable que s'il est fait à certaines personnes : « *Le paiement doit être fait au créancier, ou à* » *quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par* » *justice ou par la loi à recevoir pour lui* ». Art. 1239, al. 1. En termes plus simples, le paiement doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant qualité pour recevoir à sa place. Toutefois il peut arriver, comme nous le verrons, qu'un paiement fait au créancier ne soit pas valable à l'égard de tiers, bien qu'il le soit dans les rapports du créancier et du débiteur. Si, en principe, la validité du paiement est subordonnée à cette condition qu'il sera fait au créancier ou à une personne ayant qualité pour le recevoir, cela s'explique tout naturellement par cette considération qu'il a pour effet d'éteindre la créance.

A. *Paiement fait au créancier.*

1433. Le paiement peut d'abord être fait au créancier, c'est-à-dire à la personne qui, au moment où le paiement a lieu, a la qualité de créancier. Peu importe que cette qualité lui appartienne ou non depuis la naissance de l'obligation. Le paiement peut donc être fait à ceux qui ont succédé à la créance, soit à titre universel, soit à titre particulier [2], par

[1] Demolombe, XXVII, n. 131; Mourlon, II, n. 1328; Laurent, XVII, n. 509; Thiry, III, n. 47, p. 67; Planiol, II, n. 433.

[2] Pothier, *Oblig.*, n. 502 (édit. Dupin, I, p. 303).

conséquent non seulement aux héritiers du créancier originaire [1], mais encore au cessionnaire de la créance [2].

Mais, pour recevoir valablement le paiement, le créancier doit avoir la capacité requise par la loi. Ainsi un mineur émancipé ne peut pas recevoir valablement le paiement d'un capital sans l'assistance de son curateur. Art. 482. Si la loi avait admis la validité des paiements reçus par les incapables, cela aurait pu avoir pour conséquence l'appauvrissement de ces derniers, car ce qui aurait été donné en paiement aux incapables aurait pu être dissipé et par conséquent perdu pour eux.

Le paiement, fait à un créancier incapable de le recevoir, est nul; le débiteur pourra donc être obligé d'en faire un nouveau, d'après la règle *Qui paie mal paie deux fois.*

1434. Le débiteur peut cependant échapper à cette nécessité en prouvant que le paiement a tourné au profit de l'incapable, par exemple que celui-ci a fait des fonds un emploi avantageux en achetant un immeuble. Nous venons d'analyser l'art. **1241**, ainsi conçu : « *Le paiement fait au créancier* » *n'est point valable s'il était incapable de le recevoir, à moins* » *que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au* » *profit du créancier* ». C'est que, dans ce dernier cas, la nullité du paiement n'aurait plus raison d'être. Si, en principe, elle est admise, c'est afin d'empêcher que le créancier incapable ne subisse une perte. Or, ici, par hypothèse, il est démontré que la validité du paiement n'a pas pour conséquence d'appauvrir le débiteur.

Aux termes de l'art. **1241**, c'est au débiteur de justifier que le paiement a profité au créancier incapable, c'est-à-dire que celui-ci a retiré un avantage de l'emploi fait par lui de la chose payée. Mais quelle est exactement la preuve

(1) Le paiement fait aux héritiers légitimes avant le partage de la succession, est libératoire, s'il leur a été fait proportionnellement à leurs parts héréditaires. Art. 1220. Mais, après le partage, le paiement ne pourra être valablement fait qu'aux héritiers attributaires de la créance. V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, n. 4287-4288.

(2) Toutefois, dans ce dernier cas, pour que le paiement soit opposable aux tiers, il faut que le cessionnaire ait fait au débiteur signification de la cession ou que le débiteur ait accepté le transport. Arg. art. 1690.

qui incombe au débiteur? On s'est toujours accordé à reconnaître que si la somme reçue en paiement a été employée à des dépenses nécessaires, le débiteur n'a besoin de prouver que ce fait. Donc, si le créancier a consacré cette somme à de grosses réparations et que les constructions réparées aient péri ensuite par cas fortuit, le paiement est, néanmoins, libératoire. Mais que décider si le créancier n'a fait de la chose reçue par lui qu'un emploi utile? A notre avis, le débiteur n'est point tenu d'établir que le profit subsiste encore. Il lui suffit de prouver que l'emploi a été utile au créancier au moment où il a été fait. Quand cette preuve est acquise, il est démontré que le créancier a retiré du paiement le même avantage que s'il avait été capable de recevoir. Or, c'est tout ce qu'il faut pour que la validité du paiement s'explique. *Adde,* arg. art. **1312** (1).

Mais il n'est pas douteux que, si la somme payée avait été employée par l'incapable en acquisitions de choses de luxe, ou, comme on dit, en dépenses voluptuaires, le débiteur serait tenu de payer une seconde fois, alors même que ces choses subsisteraient encore. La somme payée se trouve, en effet, dissipée, par cela même qu'elle a été ainsi dépensée (2).

1435. Le débiteur sera donc tenu de payer à nouveau si la chose par lui livrée n'est pas employée utilement. Mais, d'après nous, il lui est permis de prévenir le danger qui le menace. Nous lui reconnaissons en effet le droit d'exiger soit la restitution de cette chose, soit la confirmation du paiement par le représentant de l'incapable. Cette décision n'est point

(1) *Sic* Toullier, VII, n. 14; Colmet de Santerre, V, n. 180 *bis*-II à 180 *bis*-IV; Demolombe, XXVII, n. 194-196; Laurent, XVII, n. 541; Vigié, II, p. 691, n. 1521; Huc, VIII, n. 26, p. 41. — Cpr. Aubry et Rau, IV, p. 155, texte et note 18. — *Contra :* Delvincourt, II, p. 542 et 543; Duranton, XII, n. 45; Larombière, V, p. 425 (art. 1312, n. 12); Thiry, III, p. 68, n. 48. — Cette dernière opinion s'appuie sur l'autorité de Pothier. D'après celui-ci, le créancier ne serait pas fondé à demander un nouveau paiement si le débiteur pouvait « justifier que ce créancier a profité de la somme qui lui a été payée, et que ce profit subsistât encore au moment de la demande ». *Oblig.*, n. 504, al. 3 (édit. Dupin, I, p. 305). Mais le Code n'a reproduit qu'une des deux conditions exigées par Pothier, et cette constatation est décisive, puisque la disposition de l'art. 1241 a été empruntée à ce jurisconsulte. Demolombe, XXVII, n. 196.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 180 *bis*-V; Demolombe, XXVII, n. 197.

contraire à la disposition de l'art. 1125, car il résulte simplement de ce texte que la personne qui a traité avec un incapable ne peut pas demander la nullité de son engagement. Or, le débiteur qui exige la confirmation du paiement ou la restitution de la chose par lui livrée, ne prétend point pour cela que son engagement est nul. Tout ce qu'il demande, c'est de ne pas avoir à l'exécuter deux fois [1].

B. *Paiement fait à une personne ayant qualité pour le recevoir à la place du créancier.*

1436. Le pouvoir de toucher à la place du créancier peut résulter d'un jugement ou d'un mandat [2].

a. — D'un jugement. On peut citer comme exemple le cas du tiers qui, après avoir pratiqué une saisie-arrêt, a obtenu un jugement de *main-vidange*.

b. — D'un mandat. Ce mandat peut être légal, judiciaire ou conventionnel.

α. *Légal.* Ainsi les envoyés en possession peuvent, en qualité de mandataires légaux de l'absent, recevoir le paiement des créances qui appartiennent à celui-ci. Arg. art. 125 et 134. Il en est de même du tuteur pour les créances qui appartiennent au mineur ou à l'interdit. Art. 450 et 509 [3].

β. *Judiciaire.* Ainsi le curateur, donné à un absent en vertu de l'art. 112, et l'administrateur provisoire, nommé conformément à l'art. 497 à la personne dont l'interdiction est provoquée, sont des mandataires judiciaires ayant pouvoir de toucher [4].

(1) Mourlon, II, n. 1332; Colmet de Santerre, V, n. 180 *bis*-VI; Demolombe, XXVII, n. 199; Vigié, II, p. 692, n. 1522. — Cpr. Marcadé, IV, n. 688. — *Contra:* Laurent, XVII, n. 542; Huc, VIII, p. 41, n. 26 *in fine*.

(2) Bien que la gestion d'affaires puisse n'avoir pour objet qu'un seul acte, la personne qui vient demander le paiement en se présentant comme gérant d'affaires du créancier, ne saurait avoir qualité pour recevoir la chose due. Demolombe, XXVII, n. 137; Laurent, XVII, n. 527.

(3) Le percepteur a seul qualité pour recevoir le paiement des contributions. — Grenoble, 25 fév. 1882, S., 84. 2. 61, D. P., 82. 2. 230. — L'administration des domaines est le représentant légal des contumaces. — V. Bourges, 23 mars 1875, S., 77. 2. 282.

(4) Le paiement peut être fait à la personne à qui le mandataire judiciaire ou légal a donné mandat de recevoir pour lui.

γ. *Conventionnel.* Pour donner un semblable mandat, le créancier doit bien évidemment être capable de recevoir lui-même le paiement; car le paiement fait à son mandataire sera censé fait à lui-même.

Recevoir le paiement d'une créance est un acte d'administration. Un mandat conçu en termes généraux suffit donc pour donner le pouvoir de toucher (1).

1437. Le paiement fait à un faux mandataire est nul (2).

Le débiteur qui a payé dans ces conditions peut être forcé de faire un nouveau paiement : il est en faute de n'avoir pas vérifié les pouvoirs de celui qui se présentait comme mandataire, tandis qu'on ne peut rien reprocher au créancier dont le nom a été usurpé. Et d'ailleurs, en supposant qu'il n'y ait eu aucune imprudence de la part du débiteur, c'est contre lui que la fraude a été dirigée, et on ne voit pas pourquoi on la ferait retomber sur le créancier (3).

Toutefois, si, par suite de circonstances exceptionnelles, la fraude avait été facilitée par une faute ou une imprudence du créancier, celui-ci n'aurait pas le droit de demander un nouveau paiement (4).

1438. Quand le mandat a été conféré pour un temps fixe, le paiement fait après l'expiration de ce temps n'est pas valable, car le débiteur devait exiger qu'on lui représentât les pouvoirs, et il avait par conséquent le moyen de constater que le mandat avait pris fin. S'il a ignoré l'expiration des pouvoirs, c'est par sa négligence.

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 513 (édit. Dupin, I, p. 307); Duranton, XII, n. 47; Demolombe, XXVII, n. 143; Larombière, IV, p. 91 (art. 1239, n. 5); Laurent, XVII, n. 523.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 510, al. 5 (édit. Dupin, I, p. 307).

(3) Toullier, VII, n. 19; Duranton, XII, n. 48; Colmet de Santerre, V, n. 178 *bis*-II; Larombière, IV, p. 99 (art. 1239, n. 16, al. 2); Demolombe, XXVII, n. 138; Laurent, XVII, n. 525; Huc, VIII, n. 20, al. 3, p. 33; Aubry et Rau, IV, p. 154.

(4) Trib. Seine, 3 mars 1891, *La Loi*, 1891, p. 322. — *Adde* Duranton, *loc. cit.*; Demolombe, XXVII, n. 139; Huc, *loc. cit.* — C'est pour cela que MM. Aubry et Rau, après avoir dit que le paiement fait à un faux mandataire ne libère pas le débiteur, ajoutent : « *du moins en thèse générale* », *loc. cit.* — Le débiteur ne pouvant être responsable lorsqu'il est forcé de payer au porteur de la fausse procuration, le paiement fait par le Trésor public sur une pièce falsifiée est libératoire lorsqu'il n'est pas démontré que la falsification a été opérée par un des agents dans les bureaux. — Paris, 27 fév. 1836, D., *Répert. alph.*, v° *Responsabilité*, p. 645. — *Sic* Laurent, XVII, n. 525.

Mais, lorsque le mandataire a été constitué pour un temps indéterminé, par exemple pour la durée d'un voyage que le créancier allait entreprendre, le paiement fait après le retour du mandant est valable, si le débiteur ignore que le mandant est revenu (1).

Quand le mandat a été révoqué, il convient de distinguer : si, au moment où il paie, le débiteur connaît ou doit connaître la révocation, le paiement est nul. Dans l'hypothèse contraire, le paiement est valable. Cette distinction n'est pas autre chose qu'une application des principes généraux en matière de mandat. Art. 2005.

1439. Le mandat de recevoir le paiement peut être tacite (2), conformément au droit commun (3). Il peut donc s'induire des faits. Mais on ne doit admettre l'existence d'un pareil mandat que s'il est démontré que le créancier a entendu le conférer.

Ainsi l'huissier auquel le créancier a remis un titre exécutoire pour en poursuivre l'exécution, est considéré comme ayant pouvoir de toucher pour le compte du créancier. Et c'est logique! L'huissier reçoit le mandat exprès de recourir aux voies d'exécution pour le cas où le débiteur ne paierait pas. Il reçoit donc aussi le mandat tacite de toucher le paiement, puisque le seul moyen pour le débiteur d'échapper à l'exécution, c'est précisément de payer (4).

Ce mandat tacite existe aussi longtemps que l'huissier est chargé de poursuivre l'exécution. Cela résulte du fondement que nous lui avons assigné. Le débiteur peut donc payer

(1) Colmet de Santerre, V, n. 178 *bis*-III; Demolombe, XXVII, n. 141; Laurent, XVII, n. 524; Huc, VIII, p. 34, n. 21.

(2) Le mandat tacite ne doit pas être confondu avec la gestion d'affaires, car, à la différence de cette dernière, il a le caractère de contrat. Ainsi, dans notre cas, l'existence du mandat tacite suppose essentiellement chez le créancier la volonté de donner au mandataire pouvoir de toucher à sa place.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 513, et *Mandat*, n. 150; Toullier, VII, n. 20; Duranton, XII, n. 47; Aubry et Rau, IV, p. 153; Larombière, IV, p. 91 (art. 1239, n. 47); Demolombe, XXVII, n. 144; Laurent, XVII, n. 528.

(4) Pothier, *Oblig.*, n. 513, al. 2 : « Le titre exécutoire dont est porteur le sergent qui va de la part du créancier pour le mettre à exécution, équipolle à un pouvoir de recevoir la dette contenue en ce titre, et la quittance qu'il donne au débiteur est aussi valable que si elle eût été donnée par le créancier ».

valablement entre les mains de l'huissier, non seulement quand celui-ci va faire le commandement, préliminaire de la saisie, mais encore dans l'intervalle qui s'écoule entre le commandement et la saisie, et même jusqu'à la vente des objets saisis, si du moins l'huissier est toujours chargé du titre (1). Pour la même raison, la remise à un huissier d'un effet à ordre avec mission de le protester suppose que le créancier a donné à cet officier ministériel mandat de recevoir le paiement (2).

Mais le fait qu'on remet à un huissier un simple billet sous seing privé à l'effet d'assigner le débiteur n'a pas la même portée. Car le débiteur n'est pas alors dans la nécessité de payer immédiatement pour échapper à l'exécution forcée (3).

1440. La mission donnée à un avoué d'obtenir un jugement condamnant un débiteur à payer ne renferme point le mandat tacite de recevoir le paiement. La remise des pièces qui est faite à l'avoué par son client ne prouve nullement que celui-ci lui ait conféré des pouvoirs autres que ceux inhérents à ses fonctions ordinaires.

Les avoués, n'ayant pas qualité pour pratiquer les voies d'exécution, ne sont chargés de recevoir le paiement ni avant ni après le jugement. Leur rôle est purement judiciaire (4).

(1) Duranton, XII, n. 50; Aubry et Rau, IV, p. 153; Demolombe, XXVII, n. 145; Larombière, IV, p. 97 (art. 1239, n. 13); Laurent, XVII, n. 529; Huc, VIII, n. 22, p. 35. — Req., 3 août 1840, S., 40. 1. 924, D., *Répert. alph.*, v° *Huissiers*, n. 37. — Mais un huissier ne peut recevoir valablement que dans le temps qu'il instrumente, et, par suite, le paiement est nul s'il a été fait à un moment où les poursuites étaient suspendues par une opposition et lorsque le créancier avait constitué avoué. — Colmar, 25 janv. 1820, S. chr., VI. 2. 194, col. 3, D., *Répert. alph.*, v° *Huissiers*, n. 37. — Bruxelles, 26 fév. 1817, D., *op.* et *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.* — Req., 3 août 1840, S., 40. 1. 923.

(3) *Sic* Duranton, XII, n. 50 *in fine;* Aubry et Rau, IV, p. 153, note 6; Demolombe, XXVII, n. 146. — *Contra* Toullier, VII, n. 20; Larombière, IV, p. 98, (art. 1239, n. 13, al. 3 et 4).

(4) Duranton, XII, n. 49; Demolombe, XXVII, n. 147; Larombière, IV, p. 97, (art. 1239, n. 12); Laurent, XVII, n. 530; Huc, VIII, n. 22, p. 35. — Colmar, 18 avril 1806, S. chr., II. 2. 136, col. 3, D., *Répert. alph.*, v° *Avoué*, n. 232. — Civ. cass., 23 juill. 1828, S. chr., IX. 1. 140, col. 1, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1709. — *Sic*, pour le *procurator ad litem*, Pothier, *Oblig.*, n. 513, al. 3. — L'avoué qui est chargé par un créancier d'obtenir un bordereau de collocation n'est pas pour cela mandataire à l'effet de toucher la somme due et de donner quittance. Arrêt précité du 23 juill. 1828.

1441. Il n'est pas contestable que les notaires n'ont pas, en cette seule qualité, pouvoir de toucher ce qui est dû à leurs clients.

Ainsi le notaire qui passe un acte de vente n'a pas par cela seul mandat de toucher le prix au nom du vendeur (1). Il en est ainsi même lorsque l'acte de vente porte que le prix sera payé en l'étude du notaire. Cette indication n'a pas d'autre but que de déterminer le lieu où le paiement doit être fait. Cela suffit d'ailleurs pour qu'elle ait sa raison d'être, car elle peut donner plus de facilités au débiteur pour payer ou au créancier pour recevoir (2).

Mais rien ne s'oppose à ce qu'on donne à un notaire, comme à toute autre personne, le mandat de toucher, soit exprès, soit tacite. Seulement, pour qu'un notaire soit considéré comme constitué mandataire à cet effet, il faut qu'il n'y ait aucun doute sur la volonté des parties à cet égard (3).

(1) Aubry et Rau, IV, p. 153, texte et note 7; Laurent, XVII, n. 531; Huc, VIII, n. 22, p. 35. — Civ. cass., 21 nov. 1836, S., 36. 1. 892, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1713-3°. — Douai, 29 nov. 1849, S., 50. 2. 223, D. P., 52. 2. 162. — Rennes, 14 avril 1884, sous Civ. rej., 28 fév. 1887, S., 90. 1. 325. — V. aussi les arrêts cités à la note suivante.

(2) Aubry et Rau, Laurent, Huc, *loc. cit.;* Larombière, IV, p. 91 (art. 1239, n. 10); Demolombe, XXVII, n. 155. — Rennes, 11 avril 1867, S., 69. 2. 45, D. P., 68. 2. 215. — Il en est de même lorsqu'un acte de vente ou d'adjudication devant notaire renferme, outre cette stipulation que le prix sera payé en l'étude du notaire, une élection de domicile faite par le vendeur dans cette étude pour l'exécution de l'acte. — Civ. cass., 23 nov. 1830, S., 31. 1. 153, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1713-1°. — Req., 10 déc. 1889, S., 90. 1. 244, D. P., 91. 1. 136. — V. aussi Req., 25 janv. 1893, S., 94. 1. 186, D. P., 93. 1. 183. — Jugé également que, lorsqu'il s'agit d'actes d'obligations, la stipulation que le paiement aura lieu dans l'étude du notaire ne suppose pas que celui-ci a reçu le mandat tacite de toucher. — Douai, 29 nov. 1849, précité. — Bordeaux, 11 juill. 1859, S., 60. 2. 92, D. P., 60. 2. 23. — Lyon, 16 fév. 1860, S., 61. 2. 607, D. P., 60. 2. 78. — Trib. civ. Lyon, 19 juill. 1895, *Monit.*, Lyon, 11 nov. 1895 (dans l'espèce il y avait eu élection de domicile dans l'étude). — Trib. civ. Narbonne, 22 mars 1898, *Loi*, 14 mai 1898. — Le fait qu'au moment où le paiement a eu lieu le notaire avait en ses mains la grosse du titre n'implique pas davantage le mandat de recevoir le paiement. — Douai, 29 nov. 1849, précité.

(3) Civ. rej., 12 mars 1844, S., 44. 1. 321, D., *Répert. alph.*, v° *Mandat*, n. 129. — Douai, 29 nov. 1862, S., 64. 2. 260, D. P., 63. 2. 41. — Riom, 31 janv. 1876, sous Req., 22 nov. 1876, S., 77. 1. 65, D. P., 77. 1. 150. — Si la stipulation que le paiement d'une obligation ou d'un prix de vente aura lieu dans l'étude du notaire du créancier n'emporte pas par elle-même mandat pour ce notaire de recevoir le paiement et de donner quittance, elle peut, du moins, servir de commencement

Quelquefois, dans la pratique, le débiteur apporte les fonds au notaire qui se charge de les transmettre au créancier. En pareil cas, c'est le débiteur qui donne un mandat tacite au notaire. Il s'ensuit que, si ce dernier tombe en déconfiture avant que les fonds soient aux mains du créancier, la perte est pour le débiteur (1).

Lorsque le notaire est le mandataire du créancier à l'effet de recevoir le paiement, il est conforme aux usages de considérer ses clercs comme investis du mandat tacite de toucher les fonds pour le compte de leur patron (2). Il faut en dire autant, d'ailleurs, en ce qui concerne les préposés dans beaucoup de bureaux et comptoirs d'entreprises commerciales ou industrielles (3).

1442. Le mandat de vendre ne renferme pas celui de recevoir le paiement du prix, car on doit interpréter les mandats strictement (4). Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, de distinguer entre les ventes d'immeubles et celles de meubles (5). Mais il peut résulter des faits que le mandataire a été investi également du pouvoir de toucher le montant du prix.

De même le mandat de louer ou d'affermer n'emporte pas celui de recevoir les loyers ou les fermages ; mais le second de ces mandats peut être déduit des circonstances. Toutefois, il est généralement admis que, dans la précédente

de preuve par écrit à l'effet d'établir l'existence de ce mandat. — Metz, 23 fév. 1864, S., 64. 2. 260, D. P., 64. 2. 220. — Civ. rej., 28 fév. 1887, S., 90. 1. 325.

(1) Alger, 17 avril 1889, *Rev. algér. et tunis.*, 1889, p. 329.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 153 *in fine ;* Demolombe, XXVII, n. 157 et 158 ; Huc, VIII, n. 22, p. 36 *in fine*. — Trib. Louvain, 19 mars 1887, *Pasicr.*, 87. 3. 185. — Cpr. Laurent, XVII, n. 535.

(3) Demolombe et Huc, *loc. cit.*

(4) Laurent, XVII, n. 536; Huc, VIII, n. 22, p. 37. — Cpr. Arntz, III, p. 95, n. 167. — Dans l'ancien droit la question était très controversée, mais Pothier se prononçait pour la négative. *Oblig.*, n. 513. — En ce qui concerne les commis-voyageurs notamment, le mandat de vendre n'implique pas celui de toucher le prix. Rivière, *Du commis-voyageur*, n. 105 ; Laurent, XVII, n. 536, p. 522 ; Huc, VIII, n. 22, p. 37. — Trib. de Châteaubriant, S , 69. 2. 216, D. P., 69. 3. 30. — Trib. de Terremonde, 24 janvier 1891, *Cl. et B.*, 1891, 183. — Peu importe que le commis-voyageur ait officieusement, mais sans mandat spécial, coopéré à la livraison de la marchandise vendue. Trib. de Châteaubriant, jug. préc.

(5) *Contra :* Demolombe, XXVII, n. 150-151. — Cpr. Larombière, IV, p. 92 (art. 1239, n. 6). — V. une autre distinction dans Toullier, VII, n. 23.

hypothèse, le mandataire peut recevoir ce qui doit être payé comptant au moment du contrat, c'est-à-dire les pots de vin et les termes payables d'avance [1].

Par application du droit commun, les paiements à une personne investie du mandat de recevoir, ne sont valables que lorsqu'ils sont faits dans les limites de ce mandat. Donc, si le créancier a donné à un notaire mandat tacite de toucher les intérêts seulement, le débiteur n'est pas libéré par le versement qu'il fait du capital aux mains de ce notaire [2].

1443. Le mandat est révocable de sa nature. Cette règle s'applique au mandat de recevoir le paiement, comme à tout autre. Ordinairement le mandat de toucher émane du créancier seulement, et, par suite, la volonté de ce dernier suffira pour en opérer la révocation. Exceptionnellement il peut arriver que ce mandat émane du débiteur et du créancier tout à la fois ; alors leur volonté commune sera nécessaire pour le révoquer. C'est ce qui a lieu, en règle générale du moins, lorsque le mandat de recevoir le paiement est contenu dans la convention même à l'exécution de laquelle il est relatif. Dans ce cas, le mandat paraît bien être l'œuvre de la volonté commune des deux parties, puisqu'il fait corps avec la convention dont il forme une clause. Aussi, en principe, faudra-t-il leur volonté commune pour qu'il puisse être révoqué. Art. **1134**. Le contraire n'aurait lieu que si le créancier parvenait à démontrer que le mandat, bien qu'inséré dans la convention, a été donné dans son intérêt exclusif [3].

(1) Duranton, XII, n. 51 ; Larombière, IV, p. 93 (art. 1239, n. 7) ; Demolombe, XXVII, n. 152 ; Laurent, XVII, n. 536, p. 522 *in fine*.

(2) Trib. d'Angers, 17 mars 1891, *Gaz. Trib.*, 29 sept. 1891. — Cpr. Colmar, 18 avril 1856, D. P., 57. 2. 72.

(3) Duranton, XII, n. 53 ; Aubry et Rau, IV, p. 154 ; Larombière, IV, p. 94 (art. 1239, n. 9, al. 2) ; Demolombe, XXVII, n. 160 ; Laurent, XVII, n. 521 ; Huc, VIII, n. 21 *in fine*. — Cpr. Bordeaux, 3 mai 1832, S., 32. 2. 401. — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 516 et 525, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 309 et 312). Toutefois Pothier ajoutait : « Néanmoins si le créancier alléguait qu'il a des raisons pour que le paiement ne se fasse pas entre les mains de cette personne indiquée par le contrat et que le débiteur n'eût aucun intérêt de payer entre les mains de cette personne, plutôt qu'au créancier lui-même, ou à quelque autre personne qu'il lui indiquerait à la place de celle indiquée par le contrat, ce serait, de la part de ce débiteur, une mauvaise humeur et une obstination déraisonnable de vouloir payer entre les mains

Le mandataire désigné dans la convention même pour recevoir le paiement portait en droit romain le nom d'*adjectus solutionis gratia,* dénomination qui est encore employée par la doctrine (1).

1444. Fait à tout autre que le créancier ayant la capacité requise ou la personne ayant qualité de recevoir en son lieu et place, le paiement est nul. Par exception cependant il devient valable dans les hypothèses suivantes :

1° Si le créancier ratifie ; c'est l'application de ce principe général que la ratification équivaut au mandat. Elle emporte, en effet, renonciation au droit de demander la nullité du paiement, et la validité de celui-ci remonte à l'époque même où il a été fait (2). Dans cette hypothèse, conformément au droit commun, la ratification peut être tacite, c'est-à-dire qu'elle peut résulter de faits et de circonstances qu'il appartient aux juges d'apprécier.

2° Le paiement devient encore valable si le créancier en a profité, par exemple si le débiteur prouve que, par le paiement, il a éteint une dette que le créancier avait intérêt à acquitter préférablement à tout autre, ou s'il démontre que le tiers auquel le paiement a été fait, a remis l'argent au créancier (3).

Ces deux premiers cas sont indiqués par l'art. 1239, al. 2 : « *Le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier, est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité* ».

de la personne indiquée ; obstination que la justice ne devrait pas approuver ». *Op. cit.*, n. 525, dern. al. C'est avec raison, croyons-nous, que les auteurs modernes approuvent ce tempérament. Demolombe, XXVII, n. 161. — Cpr. Larombière, IV, p. 94 (art. 1239, n. 9, al. 3).

(1) La stipulation qui donnait naissance à ce mandat était ainsi conçue : *Mihi aut Seio dare spondes? Instit.*, liv. III, tit. XIX, § 4. — V. Accarias, *Précis de dr. rom.*, 4e édit., II, n. 546 ; Girard, *Man. de dr. rom.*, 2e édit., p. 438, note 3 ; p. 458, note 1. — Lorsqu'aux termes de la convention, le débiteur a le droit de payer soit au créancier, soit à un *adjectus solutionis gratia,* le fait par lui de payer un acompte au créancier n'implique pas renonciation au droit de payer le solde à l'*adjectus*. Demolombe, XXVII, n. 164. — V. L. 71, D., *De solut. et liber.* (Celsus).

(2) Req., 9 nov. 1831, S., 32. 1. 5, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, 1736.

(3) Jaubert, *Rapport au Tribunat,* Fenet, XIII, p. 343, Locré, XII, p. 463 ; Aubry et Rau, IV, p. 154 ; Demolombe, XXVII, n. 172 ; Laurent, XVII, n. 540.

1445. 3° Un autre cas est prévu par l'art. **1240**, ainsi conçu : « *Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé* ». Dans l'hypothèse, on le voit, deux conditions sont requises pour la validité du paiement. Il faut : 1° qu'il soit fait au possesseur de la créance ; 2° que le débiteur ait payé de bonne foi.

1446. *Première condition.* — Par *possesseur de la créance* il faut entendre celui qui passe aux yeux de tous pour en être propriétaire, celui qu'on a juste sujet de croire tel, en un mot le titulaire apparent de la créance, le créancier putatif (1). Il pourrait contraindre le débiteur à lui faire le paiement. Il est donc juste que ce dernier soit admis à se libérer valablement entre ses mains. Qu'on n'invoque pas l'équité en faveur du créancier, car il a montré de la négligence en laissant un autre s'emparer du titre (2).

Il résulte de ce qui précède que la possession visée dans l'art. **1240** est la possession du droit lui-même et non pas celle du titre, de l'écrit qui la constate. Le paiement fait au simple détenteur de ce titre n'est donc pas valable (3).

Toutefois il en est autrement quand il s'agit d'une créance au porteur ; car ici le but même du titre est de permettre à chaque détenteur d'exercer les droits de créancier (4). On

(1) « On répute quelquefois pour créancier celui qu'on a juste sujet de croire tel, quoique ce soit une autre personne qui soit le créancier véritable ; et le paiement fait à ce créancier putatif est valable, comme s'il eût été fait au créancier véritable ». — Pothier, *Oblig.*, n. 503, al. 1 (édit. Dupin, I, p. 304). — « L'équité veut encore que le paiement soit valable lorsqu'ayant été faite de bonne foi par le débiteur à celui qui était en possession de la créance, ce dernier avait un juste sujet de le regarder comme le véritable créancier ». Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 265 ; Locré, XII, p. 366, n. 118. — V. aussi Jaubert, *Rapport au Tribunat*, Fenet, XIII, p. 343, Locré, XII, p. 463, n. 12.

(2) Marcadé, IV, n. 636 ; Colmet de Santerre, V, n. 179 *bis*-I ; Demolombe, XXVII, n. 181 ; Larombière, III, p. 107 (art. 1240, n. 3) ; Laurent, XVII, n. 543 ; Vigié, II, n. 1518 ; Huc, VIII, p. 37, n. 23.

(3) Demolombe, XVVII, n. 182 ; Laurent, XVII, n. 544 *in fine*. — Le paiement que l'assureur fait du montant de l'assurance, après la mort de l'assuré, à un créancier qui détient la police à titre de gage, n'est pas libératoire à l'égard des héritiers de l'assuré, lorsque ces derniers justifient que ce créancier a été désintéressé. — Rouen, 28 avril 1874, S., 74. 2. 314.

(4) Wahl, *Titres au porteur*, I, p. 6, n. 8.

peut dire que, dans ce cas, la détention du titre fait présumer la possession et même la propriété de ce qu'il constate [1].

1447. L'art. 1240 s'applique à tous les possesseurs de créances, par conséquent aux possesseurs à titre singulier comme aux possesseurs d'universalités.

Une créance est cédée : le débiteur paie entre les mains du cessionnaire ; puis la cession est annulée ou rescindée. Il s'ensuit que le cessionnaire n'a jamais été propriétaire de la créance ; mais il a été en possession de celle-ci. Le paiement est donc valable [2]. Cette solution doit être admise même quand le cessionnaire qui a reçu le paiement n'avait pas rempli les formalités prescrites par l'art. 1690. Cette circonstance n'empêchera pas que le paiement soit opposable au créancier primitif après que la cession aura été annulée. Mais, dans ce cas, le paiement n'est pas valable à l'égard d'un second cessionnaire de la même créance, qui aurait notifié son transfert, cette notification n'eût-elle été faite qu'après le paiement [3].

Nous venons de supposer que l'acte de cession de créance était annulé ou rescindé. Mais que décider s'il est reconnu faux ? Le tiers, porteur de cet acte, peut-il être considéré comme ayant été en possession de la créance ? Le paiement fait entre ses mains est-il libératoire pour le débiteur à l'égard du créancier ? Avec la plupart des auteurs, nous répondrons négativement. La raison de décider est la même que lorsque le paiement est fait entre les mains du porteur d'un faux mandat. M. Laurent objecte qu'à la différence du faux mandataire, le faux cessionnaire est en possession de la créance, et que le débiteur peut, en conséquence, au cas dont il s'agit maintenant, se prévaloir de la disposition de l'art. 1240 [4]. Mais l'hypothèse qui nous occupe est

(1) Cpr. Laurent, *loc. cit.*

(2) Colmet de Santerre, V, n. 179 *bis*-III ; Demolombe, XXVII, n. 185 ; Larombière, IV, p. 105 (art. 1240, n. 1) ; Laurent, XVII, n. 547 ; Vigié, II, p. 690, n. 1518 ; Huc, VIII, p. 39, n. 24.

(3) Huc, *loc. cit.* — Cpr. Larombière, IV, p. 105 *in fine* (art. 1240, n. 1, al. 8). — Civ. cass., 4 janv. 1847, S., 47. 1. 161, D. P., 47. 1. 130 ; 9 mars 1864, S., 64. 1. 185.

(4) Laurent, XVII, n. 547, al. 2, p. 535.

absolument étrangère à la disposition de ce texte. Le législateur, dans l'art. **1240**, suppose que le créancier s'est montré négligent en laissant un tiers s'emparer de la créance. Or, dans notre cas, le créancier est à l'abri de tout reproche. On ne saurait lui faire un grief de n'avoir pas empêché le tiers de fabriquer la pièce fausse où d'en faire usage (1).

1448. Mais ce sont principalement les héritiers apparents que le législateur avait en vue lorsqu'il a écrit la disposition de l'art. **1240** (2). Voici quelques hypothèses : celui entre les mains de qui a été payée une créance héréditaire, s'était emparé de la succession en vertu d'un testament qui, plus tard, a été annulé. Ou bien encore un paiement a été fait à l'héritier apparent, et celui-ci est ensuite exclu par un héritier testamentaire ou par un héritier plus proche. Dans ces divers cas le débiteur a payé à une personne qui se trouvait en possession de l'hérédité ; cette personne pouvait exercer tous les droits et actions de l'héritier et, par conséquent, poursuivre les débiteurs de la succession. Ces derniers pouvaient donc se libérer valablement entre ses mains (3).

1449. Deuxième condition : Il faut que le débiteur ait payé de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ait cru payer au véritable créancier et que cette croyance s'explique précisément par ce fait que l'individu à qui il a payé se trouvait en possession de la créance (4).

(1) Colmet de Santerre, V, n. 179 *bis*-III, al. 2 ; Aubry et Rau, IV, p. 155 ; Demolombe, XXVII, n. 186 ; Larombière, IV, p. 106 (art. 1240, n. 2) ; Vigié, II, p. 690, n. 1518 *in fine ;* Huc, VIII, n. 24, p. 39 *in fine.*

(2) V. l'*Exposé des motifs* et le *Rapport* de Jaubert, *loc. cit.*

(3) Colmet de Santerre, V, n. 179 *bis*-II ; Aubry et Rau, IV, p. 155 ; Demolombe, XXVII, n. 184 ; Larombière, IV, p. 105 (art. 1240, n. 1) ; Laurent, XVII, n. 545 ; Huc, VIII, n. 23, p. 38. — Paris, 23 juill. 1831, S., 31. 2. 299, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1736. — Colmar, 18 janv. 1850, S., 51. 2. 533, D. P., 51. 2. 161. — Trib. civ. Orthez, 14 avril 1892, *Loi* du 21 décembre 1892. — V. aussi Pothier, *Oblig.*, n. 503, al. 3, 4 et 5 (édit. Dupin, I, p. 304). — Par application de l'art. 1240, il faut déclarer valable le paiement fait par la caisse des consignations à l'héritier apparent qui est possesseur de la créance et qui représente le bordereau de collocation délivré à son auteur. — Rouen, 10 août 1870, S., 72. 2. 73 (note de Labbé), D. P., 72. 5. 49. — V. cependant Req., 27 janv. 1862, S., 62. 1. 588, D. P., 62. 1. 225.

(4) Demolombe, XXVII, n. 177 ; Laurent, XVII, n. 548. — Il a été fort bien jugé que l'administration de l'enregistrement et que celle des contributions indirectes

Quand celle-ci est constatée par un acte écrit, le débiteur a certainement le droit d'exiger que l'acte lui soit représenté. Mais s'il ne le fait pas, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il doive être réputé de mauvaise foi : C'est un point qui est abandonné à l'appréciation des juges du fait (1).

Il est d'ailleurs indifférent, au point de vue de la validité de l'acte à l'égard du débiteur, que le créancier apparent ne soit pas de bonne foi. Dans l'hypothèse de l'art. 1240 ce n'est pas dans son intérêt que la loi déclare le paiement valable.

Quand les deux conditions exigées par l'art. 1240 se rencontrent, le paiement est valable. Ainsi, en supposant une créance à terme, peu importe que le paiement soit fait par anticipation ou seulement à l'échéance. Dans les deux cas, le débiteur est libéré, l'art. 1240 ne distinguant pas (2).

1450. Le législateur a uniquement en vue, dans l'art. 1240, le paiement proprement dit, en d'autres termes l'accomplissement de la prestation qui fait l'objet de l'obligation. Serait donc nulle au regard du créancier la remise (3) ou la novation (4) que le possesseur de la créance consentirait au débiteur, celui-ci fût-il de bonne foi.

1451. Le point de savoir si celui qui a reçu le paiement se trouvait en possession de la créance et si le *solvens* était de bonne foi est une pure question du fait. Il appartient donc souverainement aux juges du fond de trancher cette question en appréciant les circonstances, et, par conséquent, leur décision à cet égard ne saurait être censurée par la cour suprême (5).

étaient fondées à réclamer aux compagnies financières ou industrielles le paiement des droits de timbre et de transmission sur leurs titres bien qu'elles eussent versé entre les mains des agents de la commune insurrectionnelle de Paris, les droits qui étaient alors déchus. D'une part, ces compagnies ne pouvaient pas exciper de leur bonne foi, la possibilité de celle-ci étant exclue par cette circonstance qu'elles connaissaient le défaut de qualité desdits agents. D'autre part, la détention par la commune des registres de perception ne constituait pas une possession de la créance. — Req., 27 nov. 1872 (8 arrêts), et 31 déc. 1872 (4 arrêts), S., 73. 1. 259, D. P., 73. 1. 203.

(1) Demolombe, XXVII, n. 178-179; V. aussi Duvergier sur Toullier, IV, n. 27.

(2) Demolombe, XXVII, n. 189; Huc, VIII, p. 40, n. 25.

(3) Demolombe, XXVII, n. 187; Larombière, IV, p. 109 (art. 1240, n. 8); Huc, *loc. cit.*

(4) *Sic* Larombière et Huc, *loc. cit.* — *Contra* Demolombe, XXVII, n. 188.

(5) Req., 27 janv. 1862, précité.

1452. L'art. 1240 s'applique non seulement au paiement fait par le débiteur, mais encore à celui qui émane d'un tiers soit intéressé, soit non intéressé et sans que, dans ce dernier cas, il y ait à distinguer suivant que le tiers agit au nom et en l'acquit du débiteur ou en son nom propre, avec ou sans subrogation. L'art. 1240 s'exprime en termes généraux : il déclare valable le paiement fait au possesseur de la créance, quelle que soit la personne qui paie. Il n'exige pas que l'obligation soit exécutée par le débiteur. De plus, si le législateur a écrit ce texte, c'est parce qu'il a entendu qu'au point de vue de la validité, le paiement fait au possesseur de la créance fût mis sur la même ligne que celui fait au véritable créancier. Il est vrai que le tiers non intéressé ne pouvait pas être contraint à exécuter l'obligation. Mais le débiteur, lui, pouvait y être contraint; le paiement a eu pour effet de la soustraire aux poursuites du créancier; cela suffit pour que la validité du paiement soit justifiée [1].

1453. Il est un cas particulier où le débiteur ne peut plus payer valablement entre les mains de son créancier : c'est celui de la *saisie-arrêt* ou *opposition*. On lit, à ce sujet, dans l'art. 557 du Code de procédure civile : « Tout créancier peut, en vertu de titres authentiques ou privés, saisir-arrêter entre les mains des tiers les sommes et effets appartenant à son débiteur, ou s'opposer à leur remise ». Et l'art. 1242 du Code civil dispose : « *Le paiement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposants : ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier* ».

La saisie-arrêt ou opposition peut, nous le rappelons, être définie : la défense faite par un créancier au débiteur de son débiteur de payer à celui-ci la somme ou la chose mobilière qu'il lui doit. C'est une sorte de mainmise exercée par un créancier sur la créance qui appartient à son débiteur : le

[1] *Sic* Demolombe, XXVII, n. 190; Huc, VIII, p. 40, n. 25. — *Contra* Larombière, IV, p. 108 (art. 1240, n. 6).

créancier *saisit* la créance de son débiteur, il en *arrête* le paiement par une saisie, d'où le nom de *saisie-arrêt ;* il *s'oppose* à ce que le débiteur de son débiteur paie entre les mains de celui-ci, d'où le nom d'*opposition.*

On voit que la saisie-arrêt met trois personnages en scène : 1° le *saisissant :* c'est celui qui pratique la saisie ; 2° le *saisi :* c'est le débiteur dont la créance est saisie ; il est bien nommé *saisi*, car c'est son bien que l'on saisit, sa créance, son droit ; 3° le *tiers-saisi :* celui-ci est *tiers* par rapport à la créance du saisissant, qui est un étranger pour lui, et il est *saisi* parce que c'est entre ses mains que la créance est pratiquée.

L'art. 1242 indique l'effet que produit la saisie-arrêt : le tiers-saisi, à partir du moment où la saisie-arrêt lui a été valablement signifiée, ne peut plus payer son créancier, le saisi, au préjudice du saisissant. Le paiement qu'il ferait au mépris de la saisie-arrêt, le libèrerait bien envers le saisi, mais non envers le saisissant. Ce dernier serait fondé à demander un nouveau paiement au tiers-saisi, sauf, bien entendu, le recours de celui-ci contre le saisi. Cela résulte des termes de l'art. 1242 qui déclare que, dans notre hypothèse, « le paiement... *n'est pas valable* à l'égard des créanciers saisissants ».

Il n'est donc pas exact de dire, comme on l'a fait, que, nonobstant la saisie-arrêt, le saisi peut recevoir le paiement « sauf le droit des créanciers saisissants, auquel ce paiement a porté préjudice, de demander au tiers-saisi, *à titre de dommages-intérêts*, la réparation du préjudice qu'il leur a causé par ce paiement » et que « c'est pour obtenir cette réparation, que la loi leur donne le droit *de le contraindre à payer de nouveau* » (1).

Nous le répétons, au regard des saisissants, le paiement est nul, et, par conséquent, la créance subsiste. Il n'y a donc pas à les indemniser. Cette remarque présente un grand

(1) Demolombe, XXVII, n. 206. — Tel paraît bien être aussi l'avis de M. Garsonnet. Selon cet auteur, le paiement qui est fait au saisi « n'est, à proprement parler, ni un paiement nul, ni même un paiement indu ; l'art. 1382 du Code civil oblige seulement le tiers-saisi qui l'a fait, à indemniser les personnes auxquelles ce paiement a causé un préjudice ; or, il n'a pu nuire aux créanciers qui avaient déjà formé saisie-arrêt, et les autres n'ont pas le droit de le critiquer », *Tr. th. et prat. de procéd. civ.*, III, § 628, p. 805.

intérêt pratique. Le paiement n'étant pas valable à l'égard des saisissants, n'a pas éteint, par rapport à eux, les privilèges, hypothèques et autres garanties attachées à la créance. Les saisissants peuvent donc exercer ces garanties pour obtenir le nouveau paiement qui leur est dû [1].

1454. Toutefois, il résulte de l'art. **1242** *in fine* que les saisissants ne pourront exiger un nouveau paiement que *selon leur droit*. Ces mots signifient d'une part, que le tiers-saisi ne sera pas obligé de payer de nouveau entre les mains du saisissant, s'il est jugé que celui-ci n'est pas créancier, auquel cas il se trouve que la saisie-arrêt était sans fondement, et, d'autre part, que, s'il y a plusieurs saisissants, chacun ne peut exiger un nouveau paiement que dans la mesure du préjudice qui lui a été causé par le paiement fait au saisi : en d'autres termes, chaque saisissant peut demander au tiers-saisi ce qu'il aurait obtenu si la saisie eût été respectée [2].

1455. Tel est, d'après l'art. **1242**, l'effet de la saisie-arrêt : obliger le tiers saisi à ne faire aucun paiement au saisi au préjudice des droits du saisissant. Il en résulte :

1° Que la créance du saisi devient indisponible par rapport au saisissant : ainsi, au regard de ce dernier, le saisi ne pourra ni faire remise de la dette au tiers saisi [3], ni lui accorder un terme [4], ni nover la créance saisie-arrêtée [5], ni la céder [6]. L'incapacité de recevoir le paiement emporte *a fortiori* celle de détruire la créance saisie ou de l'aliéner.

2° Que le tiers saisi ne peut pas opposer au saisissant la

[1] Vigié, II, p. 694, n. 1526.

[2] Colmet de Santerre, V, n. 181 *bis*-II, al. 2; Laurent, XVII, n. 550; Huc, VIII, n. 29, p. 45.

[3] Bioche, *Dict. de proc. civ.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 233; Chauveau sur Carré, *Lois de la proc.*, IV, quest. 1951 *bis*; Roger, *Tr. de la saisie-arrêt*, n. 435; Garsonnet, *op. cit.*, III, n. 616, p. 775.

[4] L'octroi d'un terme est, en effet, l'équivalent d'une remise partielle. Bioche, Chauveau sur Carré, Garsonnet, *op.* et *loc. cit.* — Paris, 25 mars 1831, D., *Rép. alph.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 358-7.

[5] Bioche, Chauveau sur Carré, Bonnier, Roger, Garsonnet, *op.* et *loc. cit.*

[6] Mais on admet en général que si la cession ne vaut pas comme telle à l'égard du saisissant, elle vaut du moins, par rapport à lui, comme saisie-arrêt. V. Garsonnet, *op. cit.*, III, § 631, p. 810-812. *Quid* si la cession consentie après une saisie-arrêt est suivie d'une autre saisie-arrêt ? Sur cette importante question, v. *infra*, n. 1459.

compensation à raison des créances qu'il acquerrait désormais contre le saisi. Art. 1298. Compenser, c'est payer [1].

Il en est ainsi dès que la saisie-arrêt a été signifiée au tiers saisi.

La saisie-arrêt ne produit pas d'autre effet. Elle ne saurait donc, par elle-même et par elle seule, faire acquérir au saisissant la propriété de la créance saisie, ni même le droit d'être payé, à l'exclusion des autres créanciers du saisi, sur les fonds arrêtés; en d'autres termes, elle ne lui confère aucun privilège sur cette créance, qui, par suite ne cesse pas d'être le gage commun de tous les créanciers du saisi. Art. 2093 [2].

1456. D'ailleurs la saisie-arrêt n'empêche pas le tiers saisi de se libérer par la voie des offres réelles suivies de consignation. Tout débiteur a le droit de se libérer de la sorte, et on ne voit pas pourquoi la saisie-arrêt mettrait le tiers saisi dans l'impossibilité d'user de ce droit, car, en l'exerçant, il ne cause de préjudice ni au saisissant ni au saisi, et même la consignation des sommes saisies-arrêtées serait fort avantageuse pour le saisissant au cas où le tiers saisi deviendrait insolvable [3]. Quand le tiers saisi procède à la consignation, il doit déclarer les saisies-arrêts dont la créance se trouve frappée.

On admet même que, si la dette est échue, le tiers saisi peut être contraint de consigner, sur une simple sommation à lui adressée par le saisissant ou par le saisi. Il ne faut pas que la saisie-arrêt procure au tiers saisi un délai qui ne lui appartient pas d'après la convention. Le saisi et ses créanciers y ont intérêt, car, ainsi que nous venons de le faire observer, le tiers saisi pourrait, dans l'intervalle, devenir insolvable. On doit d'autant moins hésiter à admettre cette solution, que la saisie-arrêt est quelquefois provoquée par le

(1) Garsonnet, *op. cit.*, III, § 616, p. 775.

(2) Bordeaux, 15 mai 1891, D. P., 92. 2. 197.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 181 *bis*-VII; Demolombe, XXVII, n. 219; Vigié, II, n. 1524, al. 2; Chauveau sur Carré, *op. cit.*, IV, quest. 1952 *bis*; Roger, *op. cit.*, n. 430 et 486. — Bordeaux, 17 fév. 1875, D. P., 77. 2. 199. — Req., 28 déc. 1880, S., 81. 1. 155, D. P., 81. 1. 427.

tiers saisi lui-même pour gagner du temps : il la fait former par un complice, créancier imaginaire. Il importe d'armer les intéressés contre cette fraude. Le tiers saisi qui n'obtempérerait pas à la sommation de consigner, serait passible de saisie-exécution [1].

1457. Aussi longtemps que les fonds saisis-arrêtés n'ont pas été définitivement attribués au saisissant : 1° la créance saisie-arrêtée peut être frappée de nouvelles saisies-arrêts, auquel cas les opposants, ayant tous des droits égaux, seront payés au marc le franc sur les fonds provenant de la créance saisie-arrêtée. Arg. art. 2092 et 2093 C. civ. et 579 C. pr. civ. [2] ; 2° si le saisi tombe en faillite ou est mis en liquidation judiciaire, le saisissant ne peut prétendre à un droit exclusif sur la somme saisie-arrêtée. Il subit le sort commun des créanciers [3].

A quel moment le saisissant acquiert-il un droit exclusif sur la somme saisie-arrêtée? A quel moment cette somme sort-elle du patrimoine du saisi et cesse-t-elle, par conséquent, d'être le gage commun des créanciers de celui-ci? Il est certain que ce résultat se produit lorsque le tiers saisi paie le saisissant soit du consentement du saisi, soit en vertu d'un jugement.

Mais, d'après la jurisprudence, les fonds arrêtés sont définitivement attribués au saisissant lorsque la saisie-arrêt a été validée par un jugement passé en force de chose jugée [4],

(1) Colmet de Santerre, V, n. 181 *bis*-VIII et 181 *bis*-IX; Demolombe, XXVII, n. 220; Vigié, II, n. 1524, al. 3. — Cpr. Larombière, IV, p. 115 (art. 1242, n. 6).

(2) Civ. cass., 5 août 1856, S., 57. 1. 170, D. P., 56. 1. 335. — Req., 2 fév. 1891, S., 91. 1. 217, D. P., 91. 1. 385. — Bordeaux, 12 mai 1891, précité. — Civ. cass., 17 fév. 1892, S., 92. 1. 207, D. P., 93. 1. 26. — « Attendu que le jugement qui prononce la validité d'une saisie-arrêt ne peut attribuer à l'auteur de cette saisie la propriété exclusive des sommes sur lesquelles elle porte, s'il existe d'autres saisies antérieures, *soit à la date de ce jugement, soit à la date du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée* ». Arrêt précité du 5 août 1856.

(3) Civ. cass., 5 août 1856 et 17 février 1892, précités. — Civ. cass., 20 nov. 1860, S., 61. 1. 270, D. P., 60. 1. 478. — Colmar, 10 fév. 1864, S., 64. 2. 122. — Lyon, 30 nov. 1866, S., 67. 2. 262, D. P., 67. 2. 88.

(4) Bioche, *Dict. de proc. civ.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 245; Chauveau sur Carré, *lois de la proc. civile*, IV, quest. 1972 *ter*; Boitard, Colmet d'Aage et Glasson, *leçons de proc. civ.*, II, n. 833; Garsonnet, *op. cit.*, III, § 618, p. 778. — Paris, 30 juin 1826, D., *Répert. alph.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 452. — Montpellier, 21 janv.

qui doit, en outre, être signifié au tiers saisi. Arg. art. 1690 [1]. Ce jugement, toujours d'après la jurisprudence, opère au profit du saisissant attribution et transport de la créance saisie-arrêtée [2], et lui donne le droit de se faire payer direc-

1839, S., 39. 2. 383, D., *op. cit.*, v° *Effets de commerce*, n. 810. — Civ. cass., 20 nov. 1860, précité. — Trib. de la Flèche, 8 mars 1864, D. P., 64. 3. 46. — Civ. cass., 13 fév. 1865, S., 65. 1. 117, D. P., 65. 1. 79. — Bourges, 14 juin 1882, D. P., 83. 2. 221. — *Adde* les arrêts cités dans les deux notes précédentes et Civ. cass., 27 juin 1892, S., 92. 1. 519, D. P., 93. 1. 25. Aux termes de cet arrêt : « Le jugement qui valide une saisie-arrêt a des effets non pas déclaratifs, mais translatifs de droit. Il en résulte que l'attribution qu'il fait au saisissant des valeurs arrêtées, dans la mesure des causes de la saisie, n'a lieu que le jour où ledit jugement étant passé en force de chose jugée, est susceptible d'exécution contre le tiers saisi, celui-ci, tant qu'il ne peut être contraint à vider ses mains en celles du saisissant, demeurant le débiteur du saisi ;... Il s'ensuit encore que si le jugement de validation a été frappé d'appel et est confirmé, c'est à la date de l'arrêt confirmatif que s'opère cette attribution, puisque c'est à cette date seulement que le saisissant peut obliger le tiers saisi à lui remettre les deniers arrêtés ». Dans le système de la jurisprudence, de ce que le jugement de validité n'opère transport de la somme saisie-arrêtée que s'il est passé en force de chose jugée, il faut déduire cette conséquence que le saisissant, quelle que soit l'issue de l'instance ouverte par l'appel ou l'opposition du saisi, doit subir le concours des créanciers qui pratiquent des saisies-arrêts au cours de cette instance. Peu importe que l'appel ou l'opposition du saisi soient déclarés non recevables ou mal fondés, car cela ne les empêche pas d'avoir remis en question le jugement de validité, qui, par suite, ne saurait être passé en force de chose jugée. V. Garsonnet, *op. cit.*, III, § 627, p. 799, note 35.

[1] Bioche, *loc. cit.* — Civ. rej., 1er août 1849, D. P., 49. 1. 287. — Req., 28 décembre 1880, précité. — Req., 2 juillet 1890, S., 90. 1. 433, D. P., 91. 1. 196. — Mais on a fait observer que cette signification du jugement n'est pas nécessaire et qu'elle peut être suppléée par la contre-dénonciation de la demande en validité. — Carré, *op. cit.*, IV, quest. 1972 *bis*, et Chauveau sur Carré, *op.* et *loc. cit.*

[2] « L'effet nécessaire des jugements prononçant la validité des saisies-arrêts est de dessaisir le débiteur des sommes arrêtées pour en faire attribution et transport au saisissant, qui devient ainsi créancier direct du tiers saisi ». — Req., 23 mars 1881, S., 83. 1. 455, D. P., 82 1. 420. — On lit également dans un arrêt de la cour de Pau, du 21 février 1887 : « Attendu qu'il est de principe que le jugement qui déclare valable une saisie-arrêt et ordonne que le tiers saisi videra ses mains en celles du saisissant, opère, au profit de ce dernier, transport de la somme saisie-arrêtée, de telle sorte que cette somme ne peut plus être saisie à son préjudice, *absolument comme si une cession volontaire de la créance avait été faite par le débiteur saisi* ». D. P., 88. 2. 181. — *Adde*, Civ. cass., 30 janv. 1842, D., *Répert. alph.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 445-6°. — Civ. rej., 1er août 1849, D. P., 49. 1. 287. — Agen, 20 décembre 1853, S., 54. 2. 250, D. P., 54. 2. 250. — Civ. rej., 15 avril 1856, D. P., 56. 1. 252. — Req., 9 juin 1869, S., 69. 1. 455, D. P., 72. 5. 396 ; 28 décembre, 1880, précité. — Riom, 4 juillet 1890, D. P., 91. 2. 348. — Req , 2 juillet 1890, précité. — Civ. cass., 27 novembre 1894, S., 96. 1. 489, D. P., 95. 1. 278. — V. dans le même sens Pigeau, *Comment. sur le C. de proc. civile*, II, p. 171 ; Carré et Chauveau, *Lois de la proc. civile*, IV, quest. 1971 *bis* ; Boitard, Colmet

tement, dans la mesure de sa créance, par le tiers saisi, sans que désormais il ait à redouter la concurrence d'autres créanciers saisissants [1] ou la faillite du saisi [2]. Cette jurisprudence, qui, aujourd'hui, paraît inébranlable, soulève de très

d'Aage et Glasson, *Leçons de procéd. civile*, II, n. 833; Dutruc, *Supplém. aux lois de la procéd. civile*, III, v° *Saisie arrêt*, n. 462; Tessier, *Tr. de la distrib. par contrib.*, I, n. 60; Patron, *Code de la distrib. par contrib.*, I, n. 733; Dodo, *Tr. de la saisie-arrêt*, n. 200 s.; Rousseau et Laisney, *Dict. de la proc.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 611. — Mais la jurisprudence belge est fixée en sens contraire, C. cass., de Belgique, 14 janv. 1841, *Pasicr.*, 41. 1. 61. — Liège, 28 juillet 1887, *Pasicr.*, 88. 2. 18. — Bruxelles, 14 juillet 1888, *Pasicr.*, 89. 2. 17. — Trib. Bruxelles, 2 février 1892, *Pasicr.*, 92. 3. 160. — Bruxelles, 9 mars 1894, D. P., 95. 2. 283. — D'après cette dernière décision : « En réalité, le jugement qui valide la saisie-arrêt, lorsqu'il est devenu définitif et qu'il a été notifié au tiers saisi, n'a d'autre portée que d'attribuer au saisissant qualité et capacité à l'effet d'exercer ses droits sur les deniers saisis, lesquels continueront de faire partie du patrimoine du débiteur saisi *jusqu'à la remise effectivement réalisée entre les mains du saisissant* ». On trouve dans le même sens quelques anciennes décisions de la jurisprudence française. V. notamment, Paris, 30 juin 1826, S. chr., VIII, 2. 251, col. 3.

[1] Req., 2 juillet 1890, précité. — V. cependant, Paris, 20 mai 1858, S., 59. 2. 310. — Dans un arrêt du 28 décembre 1880, la chambre des requêtes s'exprime ainsi : « Attendu que le jugement qui prononce la validité d'une saisie-arrêt, avec injonction au tiers-saisi de payer entre les mains du saisissant, n'opère, au profit de ce dernier, un transport judiciaire dont l'effet est de le rendre propriétaire exclusif des deniers arrêtés jusqu'à concurrence des causes de la saisie, qu'autant que ce jugement a acquis l'autorité de la chose jugée ; *que, dès lors, la connaissance du jugement de validité, tant qu'il n'est pas passé en force de chose jugée, ne saurait, vis-à-vis du tiers saisi, équivaloir à un transport lui donnant le saisissant pour créancier* ». — Req., 28 décembre 1880, S., 81. 1. 155, D. P., 81. 1. 427. — D'après l'arrêt précité de la chambre civile, en date du 17 février 1892, le principe qui fait rétroagir les jugements au jour de la demande souffre exception en ce qui concerne les jugements de validité de saisies-arrêts. — *Sic* Angers, 30 mai 1855, S., 55. 2. 749. — Il importe peu que le créancier saisissant « ait joint à sa demande en validité de saisie-arrêt une demande en déclaration de privilège et qu'il ait même fait reconnaître ce privilège par des jugements antérieurs à l'ouverture de la liquidation » du débiteur saisi. « Les jugements dont il s'agit ne sont pas opposables aux créanciers » de ce débiteur, « lesquels n'y ont pas été parties », ce débiteur « n'ayant pu représenter ses créanciers dans des instances où il s'agissait d'un débat à régler entre eux ». Arrêt préc. du 17 février 1892.

[2] Dijon, 8 fév. 1858, D. P., 60. 2. 38, note. — Req., 9 juin 1869, précité. — D'après ces décisions, il en est ainsi alors même que la faillite serait reportée par le jugement déclaratif à une époque antérieure au moment où le jugement validant la saisie-arrêt est passé en force de chose jugée. Ce point est douteux. — V. en sens contraire Garsonnet, *op. cit.*, III, § 627, p. 797, note 22. — Jugé que l'art. 446 C. com., ne s'applique pas à la saisie-arrêt validée par jugement rendu dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite du saisi, bien que ce jugement ne fût pas encore passé en force de chose jugée. — Bourges, 14 juillet 1851, S., 51. 2. 737, D. P., 52. 2. 72.

vives critiques. La justice n'a point le droit d'opérer ainsi un transport de créance, en l'absence d'un texte qui l'y autorise. Au surplus, il est facile d'établir que, dans l'hypothèse, l'idée de transport est inadmissible : celui qui cède sa créance ne garantit pas la solvabilité future du débiteur cédé ; il n'en est pas ainsi du saisi, car, même après le jugement de validité, le saisissant, s'il n'est pas intégralement payé, peut recourir contre lui (1). En réalité, les tribunaux, sous une forme détournée, attribuent au saisissant qui obtient le jugement de validité un véritable privilège sur la créance saisie-arrêtée, en violation de ce principe qu'il n'y a pas de privilège sans texte (2).

M. Colmet de Santerre approuve la solution admise par cette jurisprudence. Mais il essaie de la justifier par une explication qui lui est personnelle. D'après lui, il résulte du jugement de validité « *une sorte de novation;* le tiers saisi est devenu débiteur du saisissant et non plus du saisi, par conséquent la créance n'est plus dans le patrimoine de celui-ci » (3). A notre avis, cette proposition est inexacte. S'il y avait ici une novation, celle-ci, à l'égard du saisissant, serait une novation par changement de débiteur, et, par suite, le saisissant n'aurait plus droit de poursuivre le saisi. Or, le saisissant a eu certainement l'intention de conserver sa créance contre le saisi, et, certainement aussi, le tribunal n'a pas entendu la lui faire perdre (4). M. Colmet de Santerre emploie, il est vrai, les mots « *une sorte* de novation ». Mais que veut-

(1) M. Bioche, comprenant sans doute qu'il est peu juridique d'estimer qu'un transport de créance résulte du jugement de validité, voit dans notre hypothèse un paiement opéré par l'entremise de la justice. *Op.* et v° *cit.*, n. 245. Mais quelle est exactement son idée? Veut-il dire que le tribunal donne en paiement au saisissant la créance que le saisi a contre le tiers saisi? Cela reviendrait à admettre ici l'existence d'une novation judiciaire. Nous montrerons bientôt les vices de cette conception. Cpr. Garsonnet, *op. cit.*, III, § 627, p. 799.

(2) Laurent, XVII, n. 551, al. 3, et n. 552; Garsonnet, *op. cit.*, III, § 627, p. 797 *in fine*-799. — Il faut noter que notre ancienne jurisprudence ignorait la théorie que nous combattons. Suivant elle, la propriété des deniers saisis n'était transférée au saisissant que par le paiement effectif. V. le nouveau Denisart, v° *Saisie-arrêt*, n. 32. Arrêt du Parlement de Paris, du 16 déc. 1629, *ibid.*

(3) Colmet de Santerre, V, n. 181 *bis*-XII, al. 1er *in fine*.

(4) Garsonnet, *op. cit.*, § 618, p. 779 *in fine*.

il dire au juste [1] ? M. Demolombe reproduit l'explication de M. Colmet de Santerre, mais en la compliquant d'une notion, qui, à notre avis, ne la rend pas meilleure. Après avoir décidé, avec la jurisprudence française, que le jugement de validité, lorsqu'il est passé en force de chose jugée, fait acquérir au saisissant un droit exclusif sur la somme saisie, il ajoute : « Il résulte, en effet, de ce jugement, une sorte de novation par laquelle le saisissant est constitué *procurator in rem suam,* afin de recevoir le paiement » [2]. Nous ne voyons pas en quoi il peut être utile de faire intervenir dans notre cas la conception romaine de la *procuratio in rem suam.* Le tiers saisi va-t-il pouvoir opposer au saisissant les mêmes causes de compensation qu'au saisi? M. Demolombe n'admet point l'affirmative. Mais alors pourquoi dit-il que le jugement de validité fait du saisissant le *procurator in rem suam,* c'est-à-dire le mandataire du saisi? N'est-il pas de principe qu'on peut opposer au mandataire les mêmes moyens de défense qu'au mandant [3]?

D'ailleurs la question de savoir si le jugement de validité a pour effet, lorsqu'il est passé en force de chose jugée, de faire au saisissant attribution et transport de la valeur saisie-arrêtée suppose que l'objet de la saisie est une somme. Sans aucun doute, si l'opposition porte sur une chose autre que de l'argent, l'appropriation exclusive du saisissant n'a lieu que lorsqu'il est colloqué définitivement sur le prix provenant de la vente. C'est là un point admis sans difficulté même par ceux qui estiment, en ce qui concerne les saisies-arrêts pratiquées sur des sommes, que le jugement de validité attribue définitivement au saisissant les deniers arrêtés. Ils se fondent sur ce que, dans l'hypothèse dont nous parlons maintenant, ce jugement ne saurait ordonner la livraison des effets

(1) D'après Chauveau, il n'y a pas, dans l'hypothèse, une cession de créance, mais une délégation imparfaite, c'est-à-dire une délégation n'aboutissant pas à la novation. Art. 1275. Chauveau sur Carré, *op. cit.*, IV, quest. 1972 *bis.* Mais, si cette explication était exacte, la délégation dont parle Chauveau aurait le caractère judiciaire, et il reste, par conséquent, à justifier que les juges ont pouvoir d'opérer cette délégation.

(2) Demolombe, XXVII, n. 223 *in fine.*

(3) Garsonnet, *op. cit.*, III, § 503, p. 378, texte et note 9.

saisis au créancier saisissant, les juges n'ayant pas le pouvoir d'attribuer en nature à un créancier les biens de son débiteur [1].

1458. La saisie-arrêt frappe-t-elle d'indisponibilité la créance tout entière, ou seulement une portion de cette créance égale au montant des causes de la saisie, en supposant, bien entendu, que les causes de la saisie représentent une somme inférieure au montant de la créance saisie-arrêtée? Montrons d'abord l'intérêt de la question. Si la créance saisie-arrêtée devient indisponible pour le tout, le tiers saisi devra bien se garder de payer au saisi l'excédent de la créance de celui-ci sur les causes de la saisie, car ce paiement pourrait se trouver nul par rapport au saisissant, à raison de certaines circonstances que nous allons indiquer. Au contraire, le tiers saisi peut payer l'excédent sans danger si l'indisponibilité résultant de la saisie-arrêt n'est que partielle. Pour comprendre comment, suivant la solution qu'on adopte, le tiers saisi qui paie l'excédent s'expose ou ne s'expose pas à le payer une seconde fois, il suffit de se rappeler que la saisie-arrêt ne confère aucun privilège au saisissant sur la créance du saisi. D'autres saisies-arrêts peuvent survenir avant que les fonds provenant de cette créance aient été attribués au premier saisissant, et alors tous les saisissants ont des droits égaux. Le concours de nouveaux créanciers saisissants pourra donc amener une distribution par contribution entre le premier saisissant et les autres, et il est clair que la part de chacun dans cette distribution sera d'autant plus faible que la somme à distribuer sera moins considérable. Il importe donc grandement au premier saisissant que la créance saisie-arrêtée soit indisponible pour le tout, puisque, s'il en est ainsi, le paiement de l'excédent, étant nul quant à lui, n'empêche pas que sa part dans la distribution soit calculée sur tout le montant de la créance.

Cette question est bien connue. Elle a donné naissance à plusieurs systèmes [2], dont voici les trois principaux. Le pre-

[1] Demolombe, XXVII, n. 224; Colmet de Santerre, V, n. 181 *bis*-XIV; Boitard, Colmet d'Aage et Glasson, *Leçons de proc. civ.*, II, n. 835.

[2] On trouvera l'exposé de tous ces systèmes dans D., *Rép. alph.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 425-432, et *Suppl. au Rép. alph., eod.* v°, n. 145-152.

mier se prononce pour l'indisponibilité totale absolue : d'après lui, la saisie-arrêt fait obstacle à tout paiement, ainsi, d'ailleurs, qu'à toute cession, et il en est ainsi au profit de tous les créanciers, quelle que soit la date des oppositions par eux faites (1). Le deuxième système admet l'indisponibilité partielle absolue : la partie de la créance excédant les causes de la saisie resterait libre, mais la partie saisie deviendrait indisponible à l'égard de tous les créanciers sans distinction (2). Enfin, dans le troisième système, l'indisponibilité est totale, mais relative.

Ce dernier système est celui qui nous paraît préférable. Et d'abord, disons-nous, l'indisponibilité résultant de la saisie-arrêt est totale. L'art. **1242** décide que le paiement fait au préjudice d'une saisie-arrêt n'est pas valable à l'égard des saisissants. Cette disposition, étant conçue dans les termes les plus généraux, s'applique aussi bien au paiement d'une partie de la créance qu'à celui de la totalité. C'est aussi dans les termes les plus généraux que l'art. **1298** déclare que, si un débiteur est devenu créancier de son créancier depuis une saisie-arrêt pratiquée entre ses mains, il n'a pas le droit

(1) Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Saisie-arrêt*, p. 237. — Paris, 15 janv. 1814, S., 37. 2. 5 en note, D. *Rép. alph.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 426; 28 mars 1820, S., et D., *loc. cit.* — Trib. Seine, 28 déc. 1835, S., 37. 2. 5, en note, *Gaz. Trib.*, 8 avril 1836; 7 avril 1836, *Gaz. Trib.*, même n°. — Trib. civ. Guadeloupe, 29 mars 1851, infirmé par arrêt de la cour de la Guadeloupe du 16 mars 1851, S., 51. 2. 801, D. P., 51. 2. 224. — Trib. d'Auch, 15 mai 1868, cassé par arrêt de la Ch. civ. du 25 août 1869, précité. — Trib. Grasse, 11 mai 1896, et, sur appel, Aix, 17 juin 1897, cassé par arrêt du 15 juin 1898, postcité.

(2) Pigeau, II, p. 63; Delvincourt, II, p. 756; Duranton, XVI, n. 501; Troplong, II, n. 927; Mercier, *Rev. prat.*, XXIII, 1867, p. 336. — Pau, 12 avril 1832, sous Req., 26 fév. 1834, S., 35. 1. 222, D., *op.* et v° *cit.*, n. 428-1°. — Paris, 30 mai 1835, S., 35. 2. 385, D., *op.* et v° *cit.*, n. 428-2°; 9 fév. 1837, S., 37. 2. 202; 26 juil. 1843, S., 43. 2. 523, D., *op.* et v° *cit.*, n. 428-3°. — Cour d'appel de la Guadeloupe, 16 mai 1851, précité. — Nîmes, 10 janv. 1854, S., 54. 2. 111, D. P., 54. 2. 227. — Orléans, 11 mai 1859, S., 59. 2. 534, D. P., 59. 2. 172. — Riom, 23 janv. 1862, S., 62. 2. 530, D. *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 150. — Bourges, 24 nov. 1865, S., 66. 2. 44, D. P., 66. 2. 117. — Caen, 15 mai 1871, S., 71. 2. 247, D. P., 72. 2. 59. — Trib. Blois, 28 juill. 1886, sous Orléans, 5 mars 1887, S., 88. 2. 189, D. P., 87. 2. 195. — Trib. Rennes, 14 août 1891, D. P., 93. 2. 246. — Il faut, semble-t-il, citer dans le même sens : Civ. cass., 30 juill. 1895, S., 97. 1. 29, D. P., 96. 1. 369 (note de M. Glasson). — Req., 10 janv. 1899, S., 99. 1. 403, D. P., 99. 1. 136.

d'opposer la compensation. Ainsi il n'a ce droit ni à concurrence de la totalité, ni à concurrence d'une partie de la créance saisie-arrêtée. De son côté l'art. 557 C. pr. civ. ne distingue pas davantage lorsqu'il dispose que tout créancier peut saisir-arrêter les sommes ou effets appartenant à son débiteur. D'ailleurs cet article met sur la même ligne la saisie-arrêt des sommes et celle des effets. Or, ces derniers sont certainement compris pour leur totalité dans la saisie. Il doit donc en être de même pour les sommes. Un autre argument est fourni par l'art. 1944 C. civ., aux termes duquel le dépositaire ne peut, lorsqu'une saisie-arrêt est pratiquée sur la chose déposée, remettre celle-ci au déposant. Ici encore, pas de distinction. Sans doute l'art. 559 C. pr. civ. veut que l'exploit de saisie-arrêt contienne l'énonciation de la somme pour laquelle la saisie est faite ou, si la créance du saisissant n'est pas liquide, l'évaluation provisoire qui en sera faite par le juge. Mais cette énonciation n'a point pour but de restreindre l'indisponibilité de la créance saisie-arrêtée. Le législateur a simplement voulu que le saisi, à qui l'exploit doit être dénoncé, fût renseigné sur ce que le saisissant prétend qu'il lui doit et sur ce qu'il aurait, lui, saisi, à offrir au saisissant pour obtenir mainlevée de l'opposition. Une autre objection est tirée de l'art. 4 du décret du 18 août 1807, aux termes duquel les saisies-arrêts pratiquées entre les mains des receveurs, dépositaires ou administrateurs de caisses ou de deniers publics n'auront d'effet « que jusqu'à concurrence de la somme portée en l'exploit ». Mais c'est là une disposition exceptionnelle, écrite en faveur des administrations publiques [1].

Ainsi l'indisponibilité produite par la saisie-arrêt s'applique à la totalité de la créance saisie; mais elle n'a lieu que par rapport au saisissant. L'excédent de cette créance sur

[1] *Sic* Duranton, XII, n. 65; Mourlon, II, n. 1334; Colmet de Santerre, V, n. 181 *bis*-V; Aubry et Rau, IV, p. 156, texte et note 20; Demolombe, XXVII, n. 209; Larombière, IV, p. 121 (art. 1242, n. 13); Laurent, XVII, n. 551; Vigié, II, p. 694, n. 1527; Huc, VIII, n. 27, p. 42; Bioche, *op.* et v° *cit.*, n. 237; Houyvet, *Rev. prat.*, XXXI, année 1871, p. 177; Garsonnet, III, § 628, p. 804 *in fine* et 805; Planiol, II, n. 492.

les causes de la saisie demeure disponible à l'égard des autres créanciers tant qu'ils n'ont pas pratiqué eux-mêmes de saisies-arrêts. En d'autres termes, ils ne peuvent se prévaloir que de l'indisponibilité résultant de leur propre fait, et non de celle résultant du fait d'un autre créancier. En effet, aussi longtemps qu'ils n'ont pas eux-mêmes saisi-arrêté, rien n'empêche que le paiement partiel ou même total de la créance ne leur soit opposable. L'art. 1242 dit bien que le paiement fait par le débiteur au préjudice d'une saisie-arrêt *n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants*. Mais, par hypothèse, quand le paiement de l'excédent a eu lieu, les créanciers dont nous parlons maintenant n'étaient pas des créanciers saisissants. On peut ajouter que celui qui forme saisie-arrêt sur les sommes ou effets dus à son débiteur ne représente pas les autres créanciers de celui-ci et agit exclusivement dans son propre intérêt (1).

En résumé l'indisponibilité résultant de la saisie-arrêt est totale, mais relative (2).

Ce système conduit aux solutions suivantes. Le paiement que le tiers saisi fait après une première saisie-arrêt et qui est suivi d'autres oppositions, est valable et définitif au regard des opposants postérieurs. Il est nul, au contraire, au regard du saisissant antérieur. Dans les limites du droit de celui-ci, mais seulement dans ces limites, le saisi devra payer de nouveau.

Quand il s'agit d'une cession qui a été faite entre plusieurs

(1) Duranton, XII, n. 65 *bis;* Colmet de Santerre, V, n. 181 *bis*-VI; Aubry et Rau, IV, p. 156, texte et note 19; Demolombe, XXVII, n. 210; Larombière, *loc. cit.;* Laurent, XVII, n. 551, al. 2; Vigié, II, n. 1527 *in fine;* Bioche, Chauveau, sur Carré, Houyvet et Huc, *loc. cit.;* Dodo, *Théor. et prat. de la saisie-arrêt*, n. 141 s.; Garsonnet, III, § 628, p. 805 *in fine* et 806; Planiol, II, n. 493.

(2) V. dans ce sens, pour le cas d'un paiement partiel effectué entre plusieurs saisiés-arrêts, Caen, 13 fév. 1882, S., 83. 2. 141, D. P., 83. 2. 63. — Civ. Cass., 11 janv. 1888, S., 90. 1. 499, D. P., 89. 1. 53. — Bordeaux, 15 mai 1891, S., 98. 2. 75, en note (10e espèce), D. P., 92. 2. 197; — et pour le cas d'une cession postérieure à une saisie-arrêt et antérieure à d'autres, Grenoble, 19 nov. 1847, S., 48. 2. 185. — Civ. Cass., 25 août 1869, S., 69 1. 424, D. P., 69. 1. 456. — Caen, 15 mai 1871, D. P., 72. 1. 59. — Chambéry, 17 juin 1896, sous Civ. cass., 27 déc. 1897, S., 98. 1. 129, D. P., 98. 1. 171. — Civ. Cass., 15 juin 1898, S., 99. 1. 401 (note de M. Tissier), D. P., 1900. 1. 45, et, sur renvoi, Nîmes, 6 fév. 1899, S., 99. 2. 248.

saisies-arrêts, la plupart des auteurs qui se prononcent pour l'indisponibilité totale, mais relative, estiment que si la cession vaut à l'égard des opposants postérieurs, ils n'en ont pas moins le droit de concourir avec les saisissants antérieurs, ceux-ci n'ayant acquis aucun privilège sur les sommes saisies-arrêtées. Mais ne serait-il pas logique d'admettre que les oppositions postérieures à la cession doivent être considérées comme non avenues? Pourquoi établir une différence entre le cas de paiement et celui de cession? (1)

IV. *Quelle chose doit être payée. En quel état. Comment.*

A. *De l'objet du paiement. En quel état la chose doit être payée.*

1459. La seule chose que le débiteur ait le droit d'imposer en paiement est la chose qui fait l'objet de l'obligation : « *Le créancier,* dit l'art. **1243**, *ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande* ». Cette disposition est tout simplement une application du principe que la convention fait la loi des parties. Il n'y a même pas lieu d'apporter une exception à ce principe lorsque le débiteur offre en paiement, à la place de la chose due, une chose de plus grande valeur. Dira-t-on qu'en pareil cas il n'y a pas avantage pour le créancier à refuser la chose offerte et que son intérêt bien compris lui commande même de l'accepter? Cette considération est indifférente; elle n'autorise point le débiteur à violer la convention, c'est-à-dire la loi que les parties se sont faite (2).

(1) V. note de M. Tissier, sous Civ. cass., 15 juin 1898, dans S., 99. 1. 401.

(2) Aux termes de la novelle IV, ch. III, le débiteur d'une somme d'argent, lorsqu'il n'avait ni argent, ni meuble pour en faire, pouvait contraindre son créancier à recevoir des immeubles en paiement sur le pied de l'estimation, si mieux n'aimait le créancier lui trouver un acheteur. Sous notre ancien droit, cet amendement n'avait été admis que dans une très petite partie de la France, et Pothier pouvait dire : « Nous n'observerons pas la nov. IV, cap. III », *Oblig.*, n. 530 (édit. Dupin, I, p. 313). Lors de l'élaboration du Code civil, la disposition de cette novelle a été formellement repoussée. « Ce point de législation n'a jamais été reçu en France, disait Jaubert dans son rapport au Tribunat; il nous a toujours paru *contraire à la nature des contrats,* qui sont la loi des parties. On ne peut accorder

1460. L'art. 1243 ne vise expressément que le droit du créancier. N'importe! De même que celui-ci ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, la valeur de la chose offerte fût-elle égale ou supérieure, de même le débiteur ne peut être forcé de livrer une autre chose que celle qu'il a promise, la valeur de la chose réclamée fût-elle moindre. En effet, la convention, qui a déterminé l'objet du paiement, est l'œuvre des volontés des deux parties, et, pas plus que le débiteur, le créancier ne peut modifier la convention par sa seule volonté [1].

1461. Cependant la règle écrite dans l'art. 1243 souffre exception lorsque l'obligation est facultative. Le débiteur peut alors donner en paiement, au lieu de la chose due, celle qui est *in facultate solutionis*. Ici le motif de la règle fait défaut. On ne peut pas dire, en effet, qu'en donnant cette dernière chose, le débiteur viole la loi du contrat. Il ne fait qu'user d'une faculté qui lui est reconnue par la convention elle-même.

1462. Quand il y a dation en paiement, le créancier reçoit une chose autre que celle primitivement stipulée. Mais, dans ce cas, on ne peut pas dire qu'il y ait dérogation au principe de l'art. 1243. La dation en paiement suppose, en effet, le consentement du créancier. En réalité, dans cette hypothèse, les parties révoquent leur convention primitive pour lui en substituer une nouvelle, de sorte que, en définitive, c'est par application de notre règle que le créancier reçoit la chose donnée en paiement.

1463. La détermination de la chose que le débiteur doit donner en paiement nous amène à examiner trois hypothèses : 1° la chose due est un corps certain ; 2° c'est une chose *in genere ;* 3° c'est une somme d'argent.

1464. *a.* Quand l'objet de la prestation est une chose déterminée dans son individualité ; cette circonstance qu'elle

au débiteur un adoucissement qui souvent nuirait au créancier, et qui toujours le livrerait à des embarras et à des difficultés ». — Fenet, XIII, p. 345 ; Locré, XII, p. 465, n. 14. — V. aussi Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 266 ; Locré, XII, p. 367, n. 121.

[1] Demolombe, XXVII, n. 227. — Angers, 30 nov. 1896, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 200.

a subi des dégradations postérieurement à la naissance de l'obligation, doit-elle être prise en considération au point de vue du paiement? Telle est la question résolue par l'art. **1245** : « *Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure* ». Les diverses décisions contenues dans ce texte ne sont que des applications de principes généraux. V. les art. **1136**, **1137** et **1302** (1). De même que l'obligation est éteinte, si le corps certain, objet de la prestation due, périt sans la faute du débiteur (art. **1302**, al. 1er), de même, si cette chose est dégradée par suite d'un cas fortuit, le débiteur doit pouvoir se libérer en la livrant dans l'état où elle se trouve à l'époque du paiement. Il n'y a pas de raison, en effet, pour qu'il réponde de la perte partielle, alors qu'il ne répondrait pas de la perte totale.

1465. Mais, aux termes de l'art. **1245**, cette solution suppose que les détériorations ne proviennent pas « de son *fait* ou de sa *faute* ». Pourquoi le législateur a-t il employé à la fois ces deux expressions ? Est-ce à dire que le débiteur soit responsable quand les dégradations ont été causées par son *fait*, sans qu'il y ait eu *faute* de sa part (2)? Non. La loi donne à entendre que le débiteur répond soit de ses fautes par commission, soit de ses fautes par omission. Ici, comme dans l'art. **1383**, le mot *fait* désigne les premières (3).

Le débiteur est tenu des dégradations non seulement quand

(1) V. notre tome I, n. 460 s.

(2) Il faut remarquer, d'ailleurs, que, le débiteur étant tenu d'apporter à la conservation de la chose due tous les soins d'un bon père de famille, il arrive presque toujours, quand il cause la détérioration de cette chose, que son fait constitue une faute.

(3) *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 157, note 4 ; Laurent, XVII, n. 557 ; Huc, VIII, n. 36, p. 56 *in fine*. — *Contra* Duranton, XII, n. 95 ; Zachariæ, § 318, note 4. — Au surplus, Pothier, formulant la même décision, s'exprimait ainsi : « pourvu que les détériorations qui sont survenues depuis le contrat, ne viennent point du *fait* ni de la *faute* du débiteur... ». *Oblig.*, n. 544 (édit. Dupin, I, p. 319). Trouvant les deux expressions dans ce passage du grand jurisconsulte, les auteurs du Code les ont reproduites, bien qu'une pareille façon de s'exprimer manque de précision.

elles ont été causées par lui-même, mais aussi quand elles ont été causées par des personnes *dont il est responsable*. Ainsi s'exprime la loi. Il ne faut pas en conclure, comme on l'a fait, que le débiteur ne répond jamais des dégradations causées par des tiers. Le langage de Pothier semble, il est vrai, autoriser cette déduction (1). Mais il ne faut pas se méprendre sur sa portée. Pothier vise l'hypothèse la plus fréquente. Ordinairement le fait d'un tiers constitue un cas fortuit. Mais il en est autrement, et, par conséquent, le débiteur répond des dégradations, si le fait du tiers a été rendu possible par une faute du débiteur, notamment par un défaut de surveillance, par un manque de précautions (2). Il est, en effet, de principe que le débiteur répond des cas fortuits lorsqu'ils sont la conséquence de sa faute (3). A plus forte raison serait-il tenu s'il avait provoqué le fait du tiers (4).

Il incombe au débiteur de prouver le cas fortuit qui aurait, d'après lui, amené la détérioration de la chose due. Ce n'est que l'application des principes généraux. Arg. art. **1302**, al. **3**, et art. **1315**, al. **2**. Il ne suffit pas que le fait ayant occasionné cette détérioration soit resté inconnu (5).

1466. Le débiteur est responsable des dégradations fortuites lorsqu'il était en demeure au moment où elles sont survenues. Art. **1245** *in fine*. Cpr. art. **1302**, al. **1** *in fine*. Toutefois, dans ce cas, il peut échapper à la responsabilité en prouvant que la chose eût été également détériorée s'il l'avait livrée au créancier. Arg. art. **1302**, al. **2** (6).

Mais, à ce sujet, nous devons faire une observation : D'après l'art. **1302**, al. **4**, le voleur est tenu de restituer le prix de la chose par lui soustraite, de quelque manière que cette chose ait péri. Suivant l'interprétation que nous croyons

(1) « Si c'est par cas fortuit *ou par le fait d'un étranger*, le débiteur peut valablement la payer (la chose) en l'état qu'elle se trouve ». Pothier, *Oblig.*, n. 544, al. 2.

(2) *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 158, note 5 ; Laurent, XVII, n. 557, p. 547. — *Contra* Delvincourt, II, p. 554 ; Toullier, VII, n. 75.

(3) V. notre t. I, n. 460.

(4) V. notre t. I, n. 462.

(5) Civ. rej., 9 mars 1892, S., 94. 1. 239, D. P., 92. 1. 226.

(6) V. notre t. I, n. 461.

préférable, il en résulte que le voleur ne saurait être admis à prouver que la chose eût également péri chez son propriétaire, si elle n'avait pas été volée. Cette disposition doit-elle être étendue au cas de détériorations ? Non, certainement, car elle est exceptionnelle [1].

Quand le débiteur a pris à sa charge les cas fortuits, il y a lieu, ici encore, de déroger à la règle posée par l'art. 1245. Arg. art. 1302, al. 2 [2].

1467. Dans les divers cas où le débiteur n'est pas admis à se libérer en livrant la chose dégradée, le créancier a certainement le droit d'exiger la remise de cette chose dans l'état où elle se trouve, ainsi que des dommages-intérêts à raison des détériorations. Mais il peut également, d'après la nature du contrat, demander la résolution de celui-ci, et, selon les circonstances, des dommages-intérêts [3].

1468. On verra que, d'après l'art. 1303, lorsque, dans le cas de perte totale du corps certain, objet de l'obligation, le débiteur « a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose », il est tenu de les céder au créancier. Ainsi que nous le dirons, c'est seulement dans un cas, vraiment extraordinaire, que le débiteur peut, sous l'empire de notre législation, avoir à céder une action au créancier, lorsque la chose due vient à périr, et encore est-ce de l'action en revendication qu'il s'agit alors [4]; mais, en supposant qu'on soit dans ce cas, la règle posée par l'art. 1303 doit être appliquée même si la perte est simplement partielle, en d'autres termes si la chose a subi des dégradations [5].

1469. *b.* Si la prestation a pour objet une chose *in genere,* une difficulté se présente en ce qui concerne la détermination de la chose qui doit être livrée. Les individus compris dans le genre dont il s'agit ne sont pas tous de la même qualité, et, par suite, n'ont pas la même valeur. Or les intérêts respec-

[1] Demolombe, XXVIII, n. 758; Larombière, IV, p. 166 (art. 1245, n. 3); V, p. 263 (art. 1302, n. 14). — V. notre commentaire de l'art. 1302, al. 4.

[2] V. notre t. I, n. 463.

[3] Larombière, IV, p. 166 (art. 1245, n. 5).

[4] V. notre commentaire de l'art. 1303.

[5] Larombière, IV, p 166 (art. 1245, n. 4).

tifs des parties réclamaient des solutions opposées : il importerait au créancier de recevoir une chose de la meilleure qualité, tandis qu'il serait de l'intérêt du débiteur d'en livrer une de la plus mauvaise. Le législateur décide que la chose donnée en paiement doit être de qualité moyenne. C'est ce que dit l'art. **1246**, qui a le tort d'employer le mot *espèce* d'abord pour désigner ce que le droit romain entendait par l'expression *genus*, puis dans le sens de qualité, ce qui nuit à la clarté de sa disposition [1] : « *Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise* ». Quel est le motif de cette disposition? D'une part, on ne saurait supposer qu'au moment du contrat le débiteur a entendu s'engager à livrer une chose de la valeur la plus élevée, et, d'autre part, suivant toutes les vraisemblances, le créancier n'a pas eu l'intention de se contenter d'une chose de la plus faible valeur. Aussi, afin que l'exécution de l'obligation soit conforme à l'esprit du contrat, le débiteur est tenu d'offrir une chose de qualité moyenne, et le créancier ne peut réclamer qu'une pareille chose. On peut dire que notre disposition est un corollaire de celle de l'art. **1134**, al. **3**, aux termes de laquelle les conventions « doivent être exécutées de bonne foi » [2].

1470. Il est essentiel, dans l'application de l'art. **1246**, de se renfermer dans les limites que les parties ont entendu assigner au genre convenu. Si, par exemple, l'objet de l'obligation est un cheval de selle, le débiteur est tenu d'offrir un cheval de selle de qualité moyenne. Il ne saurait se libérer en livrant un cheval de trait, alors même que cet animal, en tant que cheval de trait, sans être de la meilleure qualité, ne serait pas de la plus mauvaise. Si, au contraire, le débiteur a promis un cheval, sans plus de précision, il pourra se libérer

(1) Duranton, XII, n. 90. — L'art. 1022, qui fait à l'héritier une application du principe énoncé dans l'art. 1246, s'exprime ainsi : « Lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité, et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise ».

(2) Duranton, *loc. cit ;* Larombière, IV, p. 168 (art. 1246, n. 1); Demolombe, XXVII, n. 252; Laurent, XVII, n. 558; Huc, VIII, n. 37, p. 57.

en livrant un cheval de trait, de selle ou de labour, pourvu que celui-ci, par rapport aux chevaux en général, soit de qualité moyenne.

Aussi faut-il prendre en considération les diverses circonstances du fait, et voir notamment si la profession du créancier, le commerce du débiteur, les conditions du contrat et surtout le prix, le but poursuivi par le créancier et connu du débiteur ne montrent pas quelle a été l'intention commune des parties sur le point qui nous occupe [1].

1471. L'art. 1246 ne s'applique pas seulement aux choses qui, tout en appartenant à la même espèce, diffèrent les unes des autres par leurs qualités individuelles, il vise encore toutes celles qui, de leur nature, sont fongibles, telles que le blé ou le vin. Et, en ce qui regarde ces dernières, on doit soigneusement tenir compte, dans l'exécution du contrat, de la mesure dans laquelle le genre convenu a été précisé, par exemple, s'il s'agit de vin, du cru que les parties ont eu en vue [2].

1472. L'art. 1246 n'est pas applicable en matière de prêt de consommation. L'art. 1892 dit, en effet : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce *et qualité* ». Et l'art. 1902 : « L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité *et qualité*... ». Ces dispositions sont fondées sur l'intention commune du prêteur et de l'emprunteur. Vu la nature même de la convention, il est évident que le premier a entendu recevoir, lors de la restitution, l'exact équivalent des choses par lui prêtées et que le second s'est soumis à cette condition essentielle du contrat. Rapprochez l'art. 587.

1473. Au surplus, il résulte des termes de l'art. 1246 qu'il n'est applicable que lorsque la chose due est déterminée seulement *par son espèce*. Il est donc étranger au cas où l'objet de l'obligation est une chose incertaine à prendre parmi des

[1] Larombière, IV, p. 169 (art. 1246, n. 2) ; Demolombe, XXVII, n. 255.
[2] Larombière, IV, p. 169 (art. 1246, n. 3); Demolombe, XXVII, n. 253.

choses certaines, par exemple lorsque le débiteur s'est engagé à livrer une des barriques de vin qu'il a dans sa cave. Dans cette hypothèse le débiteur a toute liberté pour choisir parmi ces barriques celle qu'il lui convient d'offrir. En un mot, pour parler le langage des jurisconsultes romains, l'art. **1246** suppose un *genre illimité,* et non pas un *genre limité* (1).

1474. *c.* Les paiements de sommes d'argent sont gouvernés par des règles particulières. Certaines sont relatives au cas où ces paiements sont faits en espèces métalliques; d'autres, au cas où ils sont faits en valeurs de papier.

La somme payée doit être comptée d'après la valeur nominale des espèces à l'époque du paiement, alors même que la valeur des monnaies aurait subi un changement dans l'intervalle écoulé entre la naissance de l'obligation et l'exécution de celle-ci. Ainsi je vous prête aujourd'hui **100** fr. en dix pièces d'or, ayant chacune une valeur nominale de **10** fr. au moment du prêt; si, à l'époque fixée pour le remboursement, la même pièce d'or, par suite d'un changement législatif, a une valeur nominale de **11** fr., il suffira que vous me donniez neuf de ces pièces plus un franc. Si, au contraire, la valeur nominale des dites pièces n'est plus que de **9** fr., vous devrez m'en remettre onze plus un franc. C'est ce que décide l'art. **1895**, ainsi conçu : « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. — S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement ».

Cette disposition, bien qu'elle ne vise expressément que le prêt, est certainement applicable à toutes les obligations ayant pour objet une somme d'argent. Cela résulte suffisamment de ce que la loi fait une exception à cette disposition en ce qui concerne le dépôt. Art. **1932** (2).

Elle paraît, d'ailleurs, être un souvenir de l'ancienne pratique des altérations monétaires. Avant de l'écrire, notre légis-

(1) Demolombe, XXVII, n. 254. — Cpr. Duranton, XII, n. 90 *in fine.*

(2) Aubry et Rau, IV, p. 159; Demolombe, XXVII, n. 258; Laurent, XVII, n. 564; Huc, VIII, n. 40, p. 62.

lateur aurait peut-être bien fait de méditer ce passage de Pothier : « Il faut pourtant convenir que le prêteur à qui on rend la somme qu'il a prêtée en espèces augmentées souffre un préjudice du prêt qu'il a fait : car, outre qu'il aurait profité de l'augmentation, s'il n'eût pas fait le prêt, et qu'il eût gardé ces espèces, c'est que cette valeur, qu'on lui rend, n'est égale que *nomine tenus* à celle qu'il a prêtée; mais, quant à l'effet, elle est moindre, et il se trouve effectivement moins riche qu'il n'était avec celle qu'il a prêtée; car, comme les marchandises augmentent de prix à mesure que les espèces augmentent, cette somme ou valeur qu'on lui rend ne pourra pas lui procurer des choses dont il aura besoin, autant que pouvait lui en procurer celle qu'il a prêtée : il n'a donc pas le même moyen; il est donc moins riche; ce n'est donc que *nomine tenus* qu'on lui rend autant qu'il a prêté; et, quant à l'effet, on lui rend moins » (1).

1475. En principe le débiteur d'une somme d'argent ne peut offrir au créancier que des espèces métalliques, car c'est seulement la chose due que celui-ci est tenu de recevoir. Art. **1243.**

Exception est faite à cette règle quand la loi donne cours légal à des valeurs en papier. Aujourd'hui les seules valeurs en papier qui aient cours légal en France sont les billets de la Banque de France (2). La loi du 12 août 1870 a décrété, par son art. 1er, le cours légal de ces billets et, par son art. 2, leur cours forcé (3). Le cours *légal* consiste en ce que les billets

(1) *Prêt de consomption*, n. 36, al. 3 (éd. Dupin, IV, p. 68).

(2) Ce que nous disons des billets de la Banque de France s'applique également à ceux de la Banque de l'Algérie et à ceux des banques coloniales, mais seulement pour le territoire de l'Algérie ou de chaque colonie. L. 4 avril 1880, art. 2; L. 24 juin 1874, art. 4. — Les billets de la Banque d'Angleterre et ceux de la Banque de Belgique sont soumis au même régime que ceux de la Banque de France. — Du moment que les billets de la Banque de France ont cours légal, le chiffre des émissions de ces billets doit être limité par la loi. Aujourd'hui il est fixé au maximum de 4 milliards. L. 28 janv. 1893, D. P., 93. 4. 65 (V. la note pour les limitations antérieures). — Les billets de la Banque nationale d'Italie n'ont, en Tunisie, ni cours forcé, ni cours légal. Trib. civ. Tunis, 28 mars 1895, *Rev. algér. et tunis.*, 1895, 289.

(3) *Bull. off.*, 1842, n. 18012, S., *Lois ann.*, 6e série, 1866-1870, p. 503, col. 3, D. P., 70. 4. 76, col. 3. — Le cours légal et forcé des billets de la Banque de France

doivent être reçus comme monnaie légale par les caisses publiques et par les particuliers [1]; le cours *forcé*, en ce que la Banque de France est dispensée de l'obligation de rembourser ses billets, à vue, en espèces métalliques [2]. Or l'art. 28 de la loi budgétaire du 3 août 1875 a bien abrogé l'art. 2 précité de la loi du 12 août 1870 établissant le cours forcé, mais non l'art. 1, relatif au cours légal [3]. Donc celui-ci, toujours en vigueur [4], permet d'employer dans les paiements les billets de la Banque de France, et, par suite, le créancier n'a pas le droit de les refuser [5].

Si les parties stipulaient que le paiement ne pourrait s'effectuer qu'en espèces métalliques et non en billets de banque, cette convention serait-elle valable? A vrai dire, aujourd'hui que les billets de banque n'ont plus cours forcé, la question ne présente plus guère qu'un intérêt théorique. Il serait bien extraordinaire qu'un créancier refusât d'accepter des billets de banque en paiement, alors qu'il peut à son gré les convertir immédiatement en espèces. Mais, si cette clause se ren-

avait déjà existé du 15 mars 1848 jusqu'au 6 août 1850. V. décret du 15 mars 1848, *Bull. off*, XI, n. 117, S., *Lois ann.*, 1848, p. 28, col. 1, D. P., 48. 4. 49, col. 3.

(1) Le cours légal des billets de banque oblige à les recevoir quand la somme à payer est égale ou supérieure à leur valeur; mais, quand cette somme est inférieure, on peut refuser de changer ces billets et de rendre la différence. Ch. crim., 6 janv. 1872, S., 72. 1. 96, D. P., 72. 1. 46.

(2) Lorsque, pour conjurer une crise monétaire, un décret rendu par le Chef de l'Etat, dans la forme des règlements d'administration publique, autorise l'émission dans une colonie (dans l'espèce, à la Guadeloupe) de bons de caisse qui, assimilés à des espèces métalliques, auront cours *forcé* pour tous les paiements, il impose à tous, dans la colonie, l'obligation de recevoir ces bons de caisse comme monnaie légale. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les paiements faits à la Banque de la colonie et ceux dus par elle, et, par suite, le porteur ne saurait exiger d'elle le remboursement en numéraire. Req., 9 janv. 1899, S., 1900. 1. 285, D. P., 99. 1. 88.

(3) *Bull. off.*, n. 4597; S., *Lois ann.*, 1876, p. 123; D. P., 76. 4. 45, col. 3. — C'est à partir du 1er janvier 1878 que le cours a cessé d'être forcé.

(4) M. Denormandie s'est prononcé en ce sens à la séance du sénat du 25 janvier 1884, *Journ. off.*, 26 janvier 1884, *Déb. parl.*, p. 149. — *Adde* dans le même sens Lyon-Caen et Renault, *Pr. de dr. comm.*, I, p. 786, note 3, et *Tr. droit comm.*, IV, n. 760 *in fine*, p. 512; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e éd., n. 1302, p. 688.

(5) Il s'ensuit que des offres réelles sont valablement faites en billets de la Banque de France. — Civ. cass., 28 déc. 1887, S., 88. 1. 205, D. P., 88, 1. 217. — *Adde* Trib. de Verdun, 18 janv. 1887, S., 87. 2. 144 (note); Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 759 *in fine*, p. 511.

contrait dans la pratique, elle devrait, d'après nous, produire son effet. Les billets de banque sont assimilés simplement à la monnaie. Or, en principe, les parties sont libres de convenir que le paiement sera effectué en une espèce de monnaie par elles déterminée (1).

1476. Sauf convention contraire, le débiteur peut donner en paiement telles espèces d'or ou d'argent qu'il lui convient. Ce n'est là qu'une conséquence de la règle formulée dans l'art. **1162**.

Mais, relativement à la monnaie de *billon,* nous devons faire ici une observation importante. En principe, on désigne sous le nom de *billon* toute monnaie dont la valeur nominale ou légale est supérieure à la valeur réelle. Toutes nos monnaies de cuivre sont des monnaies de billon (2); toutes nos monnaies d'argent également, à l'exception des pièces de 5 francs. Et encore, depuis la baisse considérable du métal argent, la valeur intrinsèque de ces dernières pièces est bien inférieure à leur valeur légale (3). Mais le législateur n'a pas encore tiré, au point de vue des paiements, les conséquences de cet état de choses, qui n'est pas de son fait. Aucune de nos monnaies d'or n'a le caractère de billon.

La monnaie de billon ne peut être employée que comme appoint dans les paiements, savoir : le billon de cuivre, jusqu'à concurrence de 4 fr. 99 au *maximum* (pour l'appoint de la pièce de 5 francs, dit le décret du 18 août 1810) (4) et le billon d'argent jusqu'à concurrence de 50 francs, sauf pour les paiements à faire aux caisses publiques, qui sont tenues de les recevoir en quantité indéfinie (loi du 14 juillet 1866, art. 5). On a voulu que le créancier d'une somme importante

(1) *Sic* Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 762, p 513.

(2) Au cours actuel du cuivre, la valeur marchande de ces monnaies est seulement d'un dixième. En 1888, lorsque la hausse des cuivres produite par les spéculations de la Société des métaux et du Comptoir d'escompte a été le plus forte, cette valeur n'a guère dépassé le quart. La monnaie de cuivre n'est donc pas une *monnaie-marchandise :* c'est une *monnaie-signe.*

(3) En février 1900, la valeur intrinsèque de la pièce de 5 francs n'était que de 2 fr. 35.

(4) En Angleterre, on n'est tenu, dans les paiements, à recevoir la monnaie de cuivre que jusqu'à concurrence d'un shilling (1 fr. 25).

reçût une valeur réelle sensiblement égale à celle qui lui est due; il ne la recevrait pas, si le billon figurait pour une forte proportion dans le paiement (1).

1477. En principe, le paiement qui doit avoir lieu en France ne peut être fait qu'en monnaies ayant cours légal dans ce pays (2); or, les seules monnaies qui soient dans ce cas sont les monnaies nationales. Quant aux monnaies étrangères, elles n'ont pas cours obligatoire en France. Il en est ainsi même pour les monnaies des pays faisant partie de l'Union monétaire latine, constituée par les conventions diplomatiques du 23 décembre 1865, du 5 novembre 1878 et du 6 novembre 1885, entre la Belgique, la France, l'Italie, la Suisse et la Grèce (3). Les monnaies de chacun des Etats compris dans l'Union latine sont admises dans les caisses publiques des autres Etats de l'Union; mais les particuliers ne sont point tenus de les recevoir en paiement (4).

(1) Quand il s'agit d'une somme de moins de 5 francs, le paiement peut être fait entièrement avec la monnaie de cuivre et de billon, et, par suite, le créancier est tenu de recevoir cette monnaie, sous peine de contravention à l'art. 475, n. 11, C. pén., si, d'ailleurs, bien entendu, il n'est pas établi qu'elle n'est pas de fabrication française ou qu'elle soit fausse ou altérée. Crim. cass., 13 juill. 1860, S., 60. 1. 1020, D. P., 60. 1. 418. — D'autre part, lorsque plusieurs paiements sont faits simultanément par le même débiteur au même créancier, celui-ci est tenu de recevoir autant de fois l'appoint qu'il y a de paiements distincts. Ainsi, lorsque plusieurs traites, tirées par différents créanciers et payables à la même échéance, sont présentées par le même porteur au même débiteur, ce dernier a le droit d'offrir, pour chacune des traites, l'appoint en monnaie de cuivre ou en monnaie divisionnaire d'argent. Trib. com. Marmande, 28 nov. 1884, *Gaz. Pal.*, 85. 1. 305.

(2) Chambéry, 21 nov. 1894, sous Req., 18 nov. 1895, D. P., 96. 1. 341; *Gaz. Trib.*, 16 déc. 1894. — La jurisprudence a déduit de notre principe une conséquence importante : lorsque une compagnie industrielle étrangère a émis des obligations en France et que, lors de l'émission de ces obligations, il a été annoncé que le paiement des intérêts aurait lieu à Paris et dans les principales villes de France, l'*alea* du change doit être aux risques de cette compagnie, qui doit payer les coupons en monnaie française effective. Trib. com. Seine, 20 janv. 1869, S., 71. 2. 111, D. P., 69. 3. 53, et Paris, 2 mars 1870 (même affaire), S., *loc. cit.*, D. P., 70. 2. 107.

(3) Aujourd'hui les caisses publiques de Belgique, de France, de Suisse et de Grèce ont cessé de recevoir les monnaies divisionnaires d'argent italiennes. V. l'art. 2 de la convention du 15 nov. 1893, approuvée par la loi du 22 mars 1894 et promulguée par le décret du 24 mars.

(4) Les conventions monétaires de 1865, 1878 et 1885, qui ont constitué en union la France, l'Italie, la Belgique, la Suisse et la Grèce, en ce qui regarde le poids, le titre, le module et le cours de leurs espèces monnayées d'or et d'argent, ont eu

Il s'ensuit que le refus par un particulier de recevoir en paiement une monnaie étrangère provenant d'un Etat de l'Union latine ne saurait constituer la contravention prévue par l'art. 475, n. 11 C. pén. (1).

Mais on peut convenir que le paiement d'une somme d'argent sera fait en une monnaie étrangère déterminée, par exemple en dollars américains. Arg. art. 143 C. civ. et 143 C. com. Cette stipulation n'a rien de contraire à l'ordre public (2).

B. *De la manière dont le paiement doit être fait.*

1478. « *Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible* ». Art. 1244, al. 1er (3). Nous avons déjà rencontré ce même principe dans l'art. 1220, dont nous rappelons les termes : « L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible ». Ainsi la chose, objet de l'obligation, doit être payée tout entière en une seule fois. Vainement dit-on qu'il est indifférent pour le créancier de recevoir des paiements partiels et qu'il est, au contraire, d'un grand intérêt pour le débiteur

simplement pour effet d'autoriser la circulation sur le territoire français des monnaies étrangères de l'Union latine et de stipuler leur admission dans les caisses publiques. V. Paul Fauchille, *L'Union monétaire latine, son histoire*, dans les *Annales de l'Ecole libre des sciences politiques*, 1886, p. 510 s., et *Le frai des monnaies spécialement dans l'Union latine*, même revue, 1888, p. 423 s.

(1) Crim. rej., 29 déc. 1882, S., 83. 1. 93, D. P., 83. 1. 433 (dissertation de M. Ducrocq). — Trib. civ. de la Seine, 6 juill. 1894, S., 94. 2. 283, D. P., 95. 2. 91. — V. aussi Crim. rej., 27 juill. 1883, S., 85. 1. 41, 29 juin 1889 et 29 mars 1890, S., 91. 1. 137 (note de M. Edmond Villey), *Suppl. au Répert. alph.*, v° *Faux et fausse monnaie*, n. 16. — Crim. cass., 5 mai 1892, S., 93. 1. 61, D. P., 92. 1. 580. — Cour d'assises Seine, 1896, *Gaz. Trib.*, 25 janv. 1896. — La compagnie générale des omnibus n'est point une caisse publique, mais un simple particulier. Ses préposés peuvent, en conséquence, refuser de recevoir d'un voyageur, en paiement du prix de sa place, une monnaie divisionnaire d'un des Etats de l'Union latine. Trib. civ. de la Seine, 6 juill. 1894, précité.

(2) Chambéry, 21 nov. 1894, précité. — V. dans le même sens Aubry et Rau, IV, p. 159, note 9; Boistel, *Procès de dr. comm.*, 3e éd., n. 799; Huc, VIII, n. 41, p. 63; Planiol, II, n. 450, al. 2. — Chambéry, 10 nov. 1896, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 249. — Cpr. Laurent, XVII, n. 563.

(3) Solution traditionnelle. V. Accarias, 2e édit., II, n. 690, p. 530; Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 2e édit., p. 673.

de pouvoir se libérer ainsi. Pothier répond « qu'on a intérêt de recevoir tout à la fois une grosse somme avec laquelle on fait ses affaires, plutôt que plusieurs petites sommes en différents temps, qui se dépensent imperceptiblement à mesure qu'on les reçoit. D'ailleurs, c'est un embarras pour le créancier de charger son registre d'une recette de plusieurs petites sommes et d'avoir des calculs à faire » (1). Ce que dit Pothier est exact; mais il faut ajouter que telle est la loi du contrat et qu'elle enchaîne les parties. Art. **1134**. Si le débiteur fractionnait le paiement, l'obligation serait dénaturée : le fractionnement aurait pour effet de substituer à une dette unique autant de dettes qu'il y aurait de paiements partiels (2).

Les intérêts étant un accessoire du capital qui les a produits et s'ajoutant par suite à ce capital pour ne former avec lui qu'une seule et même dette, il en résulte que le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir la somme principale, s'il ne paie pas en même temps les intérêts qui en sont dus (3).

Il faut en dire autant des frais, liquidés ou non (4).

Mais le débiteur de plusieurs dettes distinctes peut forcer le créancier à recevoir le paiement de chacune séparément. Dans l'hypothèse, la règle posée par l'art. **1244**, al. 1er, est respectée dès que le débiteur offre, pour chaque dette envisagée isolément, la totalité de la chose qui en est l'objet. Ainsi le débiteur a le droit de faire autant de paiements qu'il y a de dettes indépendantes. Ce n'est point là une restriction apportée au principe formulé par l'art. **1244**, al. 1er, puisque ce texte n'établit nullement l'indivisibilité de toutes les dettes prises en masse (5).

1479. Le principe que le créancier ne peut pas être obligé

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 534 (édit. Dupin, I, p. 315). V. Dumoulin, *Tr. de div. et indiv.*, part. II, n. 14.

(2) Demolombe, XXVII, n. 237 ; Larombière, IV, p. 132 (art. 1244, n. 1) ; Laurent, XVII, n. 566.

(3) Pothier, *op. cit.*, n. 534, dern. al.

(4) V. commentaire de l'art. 1258-3o.

(5) Pothier, *op. cit.*, n. 539 ; Colmet de Santerre, V, n. 183 *bis*-II ; Demolombe, XXVII, n. 239 ; Larombière, IV, p. 133 (art. 1244, n. 2) ; Laurent, XVII, n. 568 ; Huc, VIII, n. 32.

de recevoir en partie le paiement de ce qui lui est dû, la dette fût-elle divisible, reçoit plusieurs exceptions.

La première résulte de la volonté des parties, lorsqu'elles sont convenues que le débiteur pourra se libérer par fractions. Si, au cas d'une pareille stipulation, les parties n'ont pas déterminé l'importance de chacun des paiements partiels, la libération doit avoir lieu par fractions égales [1].

L'existence d'une convention admettant la division du paiement résulte de cette circonstance que celui-ci est stipulé comme devant être fait à la fois dans deux ou plusieurs lieux. Si je vous promets de vous payer la somme de 1.000 francs à Paris *et* à Bordeaux, je dois vous faire un payement de 500 francs dans chacune de ces villes.

La seconde exception est relative au cas de compensation. Lorsque la compensation s'opère entre deux dettes inégales, elle éteint la plus forte jusqu'à concurrence du montant de la plus faible, et met ainsi le créancier de la plus forte dette dans la situation où il se trouverait s'il avait reçu un paiement partiel. Art. 1289 et 1290.

1480. La troisième exception a lieu dans l'hypothèse prévue par l'art. 2026. Plusieurs personnes se sont rendues cautions d'une même dette. Le créancier, qui poursuit l'une d'elles, peut se voir opposer le bénéfice de division, qui le forcera de diviser son action entre toutes les cautions solidaires et, par conséquent, de recevoir de chacune un paiement partiel. Mais, qu'on le remarque, ce n'est pas de plein droit que la dette se divise entre les cautions. Le bénéfice de division ne s'obtient qu'au moyen d'une exception opposée à l'action du créancier. Ce dernier, si les cautions prévenaient ses poursuites et lui offraient la chose due, ne serait pas tenu de recevoir divisément de chacune d'elles le paiement de sa part dans la dette.

1481. Enfin la quatrième exception, qui nous arrêtera plus longtemps, est formulée par l'art. 1244, al. 2, ainsi conçu : *Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position*

[1] Pothier, *Oblig.*, n. 241 et n. 536, al. 3; Demolombe, XXVII, n. 242; Larombière, IV, p. 137 (art. 1244, n. 8).

du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement et surseoir à l'exécution des poursuites toutes choses demeurant en état » (1).

Le juge peut donc, sur la demande du débiteur et en considération de sa situation malheureuse, porter une double atteinte au droit du créancier. Il peut d'abord accorder un délai au débiteur dont la dette est échue : c'est le terme de *grâce,* dont nous avons déjà parlé. Il peut même autoriser la division du paiement, en accordant au débiteur plusieurs délais successifs pour se libérer; ainsi, la dette étant de 3.000 francs, le juge peut dire que le débiteur paiera par acomptes de 500 francs, de mois en mois.

Le droit pour le juge d'autoriser la division du paiement résulte de l'art. 1244, al. 2. D'abord le mot *Néanmoins,* par lequel ce texte débute, indique qu'il va formuler une exception à la règle que l'alinéa 1er vient d'établir; or quelle est cette règle? c'est que le débiteur ne peut pas diviser le paiement; donc l'exception consistera en ce que le paiement pourra être divisé. Ensuite la loi permet au juge d'accorder *des délais,* par conséquent plusieurs délais successifs, à l'expiration de chacun desquels le débiteur devra payer la fraction de sa dette déterminée par le juge. Au surplus, en interprétant ainsi l'art. 1244, al. 2, on se prononce pour la solution qui était déjà donnée par Dumoulin (2) et par Pothier (3). Le doute n'est donc pas possible. Duranton, il est vrai, a enseigné le contraire. Mais il est demeuré seul de son avis (4).

(1) Selon Pothier, lorsqu'il y a contestation sur l'importance de la quantité due, le juge, si le débiteur le demande, peut, en attendant la décision du litige, ordonner le paiement provisionnel de ce que le débiteur reconnaît devoir, sans préjudice du paiement ultérieur du surplus, si la prétention du créancier est justifiée, *Oblig.*, n. 537. Quand le juge use de cette faculté, le créancier se trouve, dans ce cas encore, recevoir un paiement partiel. Les auteurs modernes suivent sur ce point l'opinion de Pothier. Demolombe, XXVII, n. 248; Larombière, IV, p. 139 (art. 1244, n. 12).

(2) *Div. et indiv.*, part. II, n. 49.

(3) « La règle que le créancier ne peut être obligé à recevoir par parties ce qui lui est dû, tant que la dette n'est pas encore divisée, reçoit une premiere exception.... lorsqu'en considération de la pauvreté du débiteur, le juge l'a ordonné ainsi par un jugement de condamnation ». *Oblig.*, n. 536, al. 1 (éd. Dupin, I, p. 316).

(4) Dans notre sens, Delvincourt, II, p. 555 et 768; Toullier, VI, n. 658, et VII, n. 71; Marcadé, IV, n. 692 et 693; Boncenne, *Théorie de la procéd. civ.*, II, p. 517

1482. L'idée du terme de grâce apparaît en droit romain. Papinien, notamment, reconnaît au magistrat le pouvoir d'accorder au débiteur « *humanitatis gratia* » un délai pour le paiement (1).

Mais ce fut surtout en France, sous l'ancien régime, que se développa le système des surséances. On distinguait les *lettres d'Etat* et les *lettres de répit* (2).

Les *lettres d'Etat,* qui sont aussi appelées par quelques anciennes ordonnances *lettres de surséance,* étaient réglementées par le titre V de l'ordonnance du mois d'août 1669 et par une déclaration du 23 décembre 1702 (3). Elles étaient accordées aux personnes employées, hors de leur résidence ordinaire, pour affaires importantes au service du roi (4). Elles ne pouvaient être délivrées qu'au nom du roi et de son exprès commandement (5). Ces lettres avaient pour effet de suspendre toutes poursuites pendant six mois à partir du jour de leur date (6), à peine de nullité des procédures et de tous dépens et dommages-intérêts, sans qu'on pût se préva-

à la note ; Rodière, *Compét. et procéd.*, I, p. 370; Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, quest. 5264 ; Colmet de Santerre, V, n. 183 *bis*-IV ; Mourlon, II, n. 1344; Aubry et Rau, IV, p. 161, texte et note 7; Demolombe, XXVII, n. 245; Larombière, IV, p. 153 (art. 1244, n. 25); Laurent, XVII, n. 575 ; Arntz, III, p. 96, n. 171, al. 3; Vigié, II, p. 697, n. 1533; Thiry, III, n. 50, p. 73; Huc, VIII, p. 52, n. 34. — Req., 20 déc. 1842, S., 43. 1. 223, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1782. — *Contra :* Duranton, XII, n. 88. — Colmar, 18 août 1816, S. chr., V. 2. 186, col. 2, D., *op.* et v° *cit.*, n. 1769.

(1) L. 16, § 1, D., *De compens.*, XVI, 2. — V. aussi Ulpien, L. 21, D., *De judiciis*, V, 1 ; Callistrate, L. 31, D., *De re judicata*, XLII, 2; Instit., *De off. judicis*, § 2.

(2) Sur les différences entre les *lettres d'État* et les *lettres de répit*, v. Pothier, *Introduction au titre XIX de la cout. d'Orléans*, ch. III, § II, n. 135 (édit. Dupin, X, p. 809).

(3) V. le tit. V de l'*Ordonnance pour la réformation de la justice, faisant la continuation de celle du mois d'avril 1667* (août 1669), dans le Recueil d'Isambert, XVIII, p. 358-359, et la *Déclaration portant règlement général sur les lettres d'Etat*, du 23 décembre 1702, même Recueil, XX, p. 423-428.

(4) *Déclar. de 1702*, art. 1er. — « Elles sont appelées *lettres d'Etat*, dit Pothier, ou parce que le procès doit demeurer dans le *même état* qu'il était lorsqu'elles ont été signifiées pendant tout le temps de la surséance, ou parce qu'elles sont accordées à des personnes occupées au *service de l'Etat* », *Tr. de la procéd. civ.*, part. I, ch. IV, art. 1er, sect. I, § 1, al. 2 (édit. Dupin, IX, p. 78).

(5) *Déclar. de 1702*, art. 2.

(6) Ordonn. de 1669, tit. V, art. 3; *Déclar. de 1702*, art. 3.

loir des jugements intervenus au mépris de ces lettres [1]. Elles étaient susceptibles de renouvellement, mais seulement au cas de continuation du service qui les avait motivées et pas avant les quinze jours qui précédaient l'expiration des premières lettres [2]. Elles pouvaient être « débattues d'obreption, subreption ou autrement » [3], ce qui était important, car elles étaient généralement accordées à l'intrigue. Souvent même ceux qui les obtenaient n'étaient pas, en réalité, au service du roi [4].

Quant aux *lettres de répit,* elles étaient réglementées par le titre VI de l'ordonnance de 1669 et par une déclaration du 23 décembre 1699 [5]. « Les *lettres de répit,* portait cette déclaration, ont toujours été regardées comme un secours que les rois nos prédécesseurs ont cru, par un principe d'équité, devoir accorder aux débiteurs qui, par des accidents imprévus et fortuits, sans fraude et sans aucune mauvaise conduite, se trouvent hors d'état de payer leurs dettes dans le temps qu'ils sont poursuivis par leurs créanciers, et qui, ayant plus d'effets que de dettes, n'ont besoin que de quelque délai pour s'acquitter par la vente de leurs biens et

[1] Elles ne pouvaient pas cependant arrêter le jugement définitif si les juges avaient commencé à opiner avant la signification de ces lettres. Même déclar., art. 11.

[2] Ordonn. préc., tit. V, art. 3 *in fine; Déclar. préc.*, art. 3 *in fine.*

[3] Ordonn. préc., tit. V, art. 4. — Dans ce cas, il fallait plaider au conseil d'Etat.

[4] On lit à ce sujet dans le préambule de la Déclaration du 23 décembre 1702 : « L'expérience nous ayant fait connaître que, parmi un grand nombre d'officiers qui font un usage légitime des lettres d'Etat, il y en a plusieurs qui en abusent, soit en prêtant leur nom, se rendant par ce moyen parties dans des affaires où ils n'ont nul véritable intérêt, et dont ils ne laissent pas par leurs lettres d'Etat d'arrêter les poursuites, soit en se servant des lettres d'Etat dans des cas privilégiés, et qui par la nature du fonds dont il s'y agit, ne sont pas susceptibles de pareilles surséances... Nous avons résolu, pour remédier à ces abus, d'apporter toutes les précautions nécessaires pour que les lettres d'Etat ne puissent servir qu'à ceux qui par leur service actuel auraient eu droit de les obtenir, comme aussi de déclarer les cas que nous voulons être exceptés de la surséance des lettres d'Etat ». — Isambert, XX, p. 424.

[5] V. le tit. VI de l'Ordonn. de 1669 dans le Recueil d'Isambert, XVIII, p. 359-361, et la *Déclaration sur l'ordonnance d'août 1669 et l'édit de mars 1673, portant règlement pour les lettres de répit,* du 23 décembre 1699, dans le même recueil, XX, p. 348.

par le recouvrement de ce qui leur est dû » (1). Anciennement, elles étaient accordées par les juges, et même, en 1560, l'ordonnance d'Orléans défendit d'en expédier en chancellerie (2); mais l'ordonnance de 1669 décida que *les cours et juges ne pourraient plus donner aucun terme, atermoiement, répit ni délai de payer qu'en conséquence de lettres du prince* « à peine de nullité des jugements, interdiction contre les juges, dépens, dommages et intérêts des parties en leur nom, cent livres d'amende contre la partie et pareille somme contre le procureur » qui aurait présenté la requête (3). Pothier estimait que cette disposition était digne d'approbation, « puisque, disait-il, ces lettres étant une grâce qui blesse le droit d'autrui, elles ne peuvent émaner que de la puissance souveraine » (4). La même ordonnance ajoutait que les *lettres de répit* ne pourraient être expédiées *qu'au grand sceau* (5) *et pour des considérations importantes* (6). Elles étaient adressées aux juges et leur permettaient d'accorder un délai qui ne pouvait pas excéder cinq ans (7). Aussi, en pratique, ce répit avait-il reçu autrefois le nom de *quinquenelle,* à raison de sa durée quinquennale (8). Ces let-

(1) Déclaration du 23 décembre 1699, préambule. — Ceux qui voulaient obtenir des *lettres de répit* devaient rapporter des commencements de preuves, par actes authentiques, des causes qui les leur faisaient solliciter. Ordonn. de 1669, tit. VI, art. 2. Ils devaient, en outre, s'ils étaient négocians, marchands ou banquiers, joindre aux lettres un état certifié de leurs biens, meubles et immeubles et de leurs dettes. Ordonn. de 1673, tit. IX, art. 1er. — Rec. d'Isambert, XIX, p. 102. — Dans certains cas, les débiteurs n'étaient pas admis à solliciter des *lettres de répit.* — Ordonn. de 1669, tit. VI, part. 11. — V. Pothier, *op. cit.*, part. V, ch. III, § 1 (édit. Dupin, IX, p. 310-311).

(2) Art. 61.

(3) Tit. VI, art. 1er.

(4) Pothier, *Tr. de la proc. civ.*, part. V, chap. III, al. 2 (édit Dupin, IX, p. 309).

(5) Ordonn. de 1669, tit. VI, art. 2. — Cet article ne faisait que revenir au système de l'ordonnance de François Ier, de 1535.

(6) *Ibid.*

(7) Ordonn de 1669, tit. VI, art. 4.

(8) « Ce temps de cinq ans répond aux *quinquennales induciæ,* que les empereurs accordaient aux débiteurs et dont il est parlé en la Constitution de Justinien. — L. fin. C., *Qui bon. eod. poss.* De là, le terme vulgaire de faire *quinquenelles,* qui se dit de ceux qui obtiennent des *lettres de répit* ». — Pothier, *Introd. au tit. XIX de la cout. d'Orléans*, chap. III, § 2, n. 132 (édit. Dupin, X, p. 808). — On trouve notamment l'expression *quinquenelle* dans la Cout. de Bourbonnais, art. 68.

tres devaient être entérinées dans les six mois par les tribunaux, contradictoirement avec les créanciers (1).

Ceux qui avaient obtenu des *lettres de répit,* ne pouvaient pas en obtenir de secondes, si ce n'était *pour causes nouvelles et considérables, dont il y eût commencement de preuves.* De plus, *pour quelque cause et prétexte que ce fût,* il ne pouvait pas en être accordé d'autres (2). « Ce serait en effet, disait Pothier, favoriser l'abus des lettres du prince, et faire perdre indirectement aux créanciers ce qui leur est légitimement dû, si l'on accordait de pareilles lettres à l'infini... » (3).

Quant aux juges, ils n'avaient pas le pouvoir d'octroyer, de leur autorité propre, des délais aux débiteurs. Cependant l'ordonnance de 1669 leur permettait, quand ils condamnaient au paiement de quelque somme, de surseoir à l'exécution de la condamnation pendant *trois mois au plus,* sans que cette surséance pût être renouvelée (4).

Jousse fait observer que, de son temps, les *lettres de répit* ne s'accordaient que très difficilement, et, s'il faut en croire Lacombe, on n'en obtenait plus à l'époque où il écrivait. Ce dernier auteur prétend même que le chancelier avait défendu aux secrétaires du roi d'en présenter au sceau (5).

Toujours est-il que, pendant très longtemps, les *lettres de répit,* comme les *lettres d'État,* donnèrent lieu à de fort nombreux abus. Aussi jugea-t-on nécessaire de rappeler, dans le préambule de l'ordonnance de 1669, quel devait être leur rôle : « Et comme... les *lettres d'État* ne sont que pour les absences nécessaires et indispensables, et les *lettres de répit,* pour soulager la misère et soutenir les familles des débiteurs innocents, nous avons cru qu'il était important d'en *épurer la pratique,* en les réduisant aux termes d'un usage naturel et légitime » (6). Mais cette précaution fut inefficace.

Les *lettres d'État* et les *lettres de répit* ont été abolies

(1) Ordonn. de 1669, tit. VI, art. 4.

(2) Ordonn. de 1669, tit. VI, art. 13.

(3) Pothier, *Tr. de la proc. civ.*, part. V, chap. III, § 1 *in fine* (édit. Dupin, IX, p. 312).

(4) Ordonn. de 1669, tit VI, art. 1 *in fine.*

(5) *Recueil de jurisprudence civile*, v° *Lettres de répit.*

(6) *Recueil d'Isambert*, XVIII, p. 341.

en 1791, et le droit d'accorder des surséances individuelles a été attribué aux juges par l'art. 1244. En disposant ainsi, le législateur de 1804 a considéré que ce droit, par sa nature même, rentrait dans les attributions du pouvoir judiciaire, les circonstances qui militent en faveur de la concession des termes de grâce ne pouvant être appréciées que par les tribunaux.

1483. La disposition de l'art. 1244, al. 2, a été l'objet de vives critiques : La convention fait la loi des parties; le débiteur, en conséquence, est tenu d'effectuer en une seule fois le paiement intégral; or l'art. 1244, al. 2, autorise les juges à fractionner le paiement, c'est-à-dire à dispenser le débiteur de se conformer à la loi du contrat. La disposition que nous étudions renferme donc une atteinte à la liberté et à la sûreté des conventions, et une atteinte de cette nature préjudicie nécessairement au crédit public. Il peut être de la plus grande importance pour celui qui devient créancier, d'avoir, au moment où il contracte, la certitude de toucher en une fois tout ce qui lui sera dû. Si cette certitude disparaît, il y a des chances pour qu'il renonce à traiter. Ces critiques ont été d'ailleurs prévues par le tribun Jaubert et présentées par lui avec toute leur force : « Nous reconnaissons, dit-il, et nous ne pouvions nous empêcher de reconnaître que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Comment donc les juges pourraient-ils substituer leur volonté à celle de la loi? Qui ne sait que le moindre retard peut causer les plus grands malheurs à un créancier? Le retard ne peut-il pas mettre le créancier lui-même dans l'impossibilité de remplir ses propres engagements? Le créancier qui n'est pas payé de ce qui lui est dû et qui ne peut payer ce qu'il doit, n'est-il pas exposé à voir sa réputation compromise, et à être lui-même la cause innocente du malheur de plusieurs familles? » (1). Ces critiques sont évidemment très sérieuses.

(1) Fenet, XIII, p. 345 *in fine;* Locré, XII, p. 466, n. 16. — On lit également, dans les *Observations* de la section de législation du Tribunat : « Ce serait un germe qui ferait éclore une multitude prodigieuse de demandes en termes et délais, toujours fondées sur la prétendue position du débiteur. Enfin, cette disposition altérerait la pureté du principe consacré par le premier paragraphe de l'art. 35 (1134 du Code),

Voilà pourquoi plusieurs codes civils postérieurs au nôtre sont muets en ce qui concerne le terme de grâce et, par cela même, le proscrivent. Les auteurs du Code civil italien, notamment, n'ont pas reproduit la disposition du second alinéa de notre art. **1244** (1) et n'ont admis le délai de grâce que dans l'hypothèse exceptionnelle de la résolution d'un contrat par l'effet du pacte commissoire tacite (2).

1484. Quelles sont donc les raisons qui ont déterminé le législateur de 1804 à passer outre et à donner aux tribunaux le pouvoir de faire aux débiteurs des concessions de délais? Le tribun Jaubert les expose lui-même en ces termes, à la suite des objections que soulève le système du Code : « D'autre part, n'est-il pas vrai qu'un débiteur de bonne foi peut se trouver dans de telles circonstances que le retardement ne puisse lui être imputé à crime, et qu'il y aurait une dureté excessive de la part du créancier qui ne lui accorderait pas un délai?... Eh bien! un débiteur qui n'a que des immeubles, qui notoirement se donne les plus grands mouvements pour les vendre, doit-il subir toutes les calamités trop souvent attachées à l'expropriation forcée, dans le cas surtout où le créancier n'éprouve pas des besoins pressants? La justice n'est-elle pas aussi l'équité naturelle? *L'humanité n'a-t-elle pas ses droits?* On craint l'arbitraire des juges; mais la conscience

ainsi conçu : Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Et, en conséquence, la section vota le retranchement du second alinéa de l'art. 143 du projet (art. 1244 du Code), Fenet, p. 157; Locré, XII, p. 273, n. 40. — Voir surtout Toullier, VI, n. 657, al. 2 et 3.

(1) V. art. 1246 C. civ. italien.

(2) V. l'art. 1165, al. 3, du C. civ. italien. — Huc et Orsier, *Le Code civ. ital. et le Code Napoléon*, I, *Etudes de législation comparée*, p. 251. M. Huc déclare *approuver complètement* le silence gardé par le Code civil italien au sujet du terme de grâce. M. Boissonade déclare, au contraire, *déplorer profondément* la disparition de ce terme : « Il y a, en effet, dit-il, des cas où cette innovation sera fort regrettable, par exemple au cas où un propriétaire revendiquant son immeuble contre un usufruitier ou un possesseur de bonne foi, sera tenu, conformément aux art. 502 et 705 du nouveau code, de lui rembourser, sans délai, une plus-value souvent considérable résultant de dépenses utiles ». *Rev. crit. de législ. et de jurisp.*, 1866, p. 11. Mais M. Huc répond : « Dans ces hypothèses le possesseur jouit du droit de rétention pour être payé de ses impenses (art. 706); il est manifeste que la présence du droit de rétention serait exclusive de tout délai de grâce, quand même la faculté d'accorder une telle faveur aurait été conservée aux tribunaux ». *Op. cit.*, p. 252, note 1.

des juges ne doit-elle pas servir de garantie à la loi? La loi n'a-t-elle pas besoin de se reposer sur la responsabilité morale des juges? Suivant la jurisprudence, les juges étaient autorisés, selon les circonstances, à accorder quelque délai. Aurions-nous pu changer ce point de législation dans notre Code où le peuple français veut trouver à chaque page l'équité à côté de la justice? » (1). C'est aussi l'explication donnée par Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs :* « Si néanmoins, dit il, le débiteur se trouvait dans des circonstances telles que, *par des motifs d'humanité,* ou peut-être pour l'intérêt même du créancier, les juges fussent convaincus que, sans porter préjudice à ce créancier, ils feraient un *acte d'humanité* en accordant des délais modérés pour le paiement, la loi les y autorise... » (2). De même Mouricault, l'orateur du Tribunat, déclare le projet « *conforme en cela à l'humanité* comme à la jurisprudence » (3).

En résumé, ce sont des considérations d'*humanité,* par conséquent d'intérêt général, d'ordre public, qui ont dicté la disposition de l'art. 1244, al. 2. Cette constatation est très importante, car elle permet de répondre aux critiques dirigées contre la disposition de l'art. 1244, al. 2. Ce texte sacrifie dans une certaine mesure le droit du créancier. Mais le législateur a considéré que, dans l'hypothèse prévue, le droit du créancier, simple droit individuel, était en conflit avec le droit social, et il a donné la préférence à ce dernier. Si l'on ne pouvait pas faire valoir cette raison, l'art. 1244, al. 2, ne saurait être justifié. Il ne suffit pas, en effet, de faire observer qu'à raison de la situation du débiteur, il convient de faire échec au droit du créancier. Il est inadmissible que ce droit soit sacrifié au simple intérêt du débiteur (4).

1485. Nous en conclurons que la disposition de l'art. 1244, al. 2, est de celles auxquelles la convention des parties ne peut pas valablement déroger. Arg. art. 6. Il y aurait lieu, par suite, de déclarer nulle toute clause qui priverait le débiteur

(1) Fenet, XIII, p. 346; Locré, XII, p. 466, n. 16, al. 4, 6 et 7.
(2) Fenet, XIII, p. 266 *in fine;* Locré, XII, p. 367, n. 122.
(3) Fenet, XIII, p. 432 *in fine;* Locré, XII, n. 37, p. 572.
(4) Laurent, XVII, n. 571, p. 561.

du droit de l'invoquer. D'autant plus qu'on risquerait, en adoptant la solution contraire, de voir s'acclimater dans les actes une clause de style qui viendrait neutraliser la prévoyance des auteurs du Code. Puis serait-il rationnel de retirer au débiteur la protection de la loi quand les circonstances montrent qu'il en a particulièrement besoin, le créancier ayant révélé sa dureté dès le moment du contrat?

Vainement dit-on que notre disposition repose sur l'intention présumée des parties et que, par conséquent, elle devient inapplicable lorsque celles-ci ont exprimé une volonté contraire. Le législateur, en écrivant l'art. 1244, al. 2, n'a point eu pour but de donner effet à l'intention des parties. Sa préoccupation a été toute différente; il a voulu sauvegarder l'intérêt général en donnant satisfaction à des considérations d'humanité. Peu importe donc que les contractants stipulent qu'il ne sera pas tenu compte de ces considérations.

On insiste et on fait observer que, lorsque le législateur a entendu proscrire les renonciations à des bénéfices de cette nature, il l'a expressément déclaré, ainsi qu'il l'a fait dans l'art. 1268 pour la cession de biens, et dans l'art. 1674, en ce qui concerne la rescision des ventes immobilières pour cause de lésion de plus des sept douzièmes. Mais peu importe qu'il ait gardé le silence quant à la renonciation dont nous parlons maintenant. Du moment que la disposition de l'art. 1244, al. 2, a un caractère d'ordre public, il n'était pas besoin que le législateur décidât expressément qu'on ne pourrait pas y déroger.

Qu'on ne dise pas que cette disposition est contraire aux principes et que, par suite, l'interprète doit se garder d'en étendre l'application. Si, comme nous pensons l'avoir établi, elle est d'intérêt général, il faut lui laisser toute sa portée naturelle.

On a encore opposé la discussion au Conseil d'Etat. Le procès-verbal de cette discussion porte : « Le Consul Cambacérès demande si cet article (l'art. 140 du projet, aujourd'hui l'art. 1244 C. civ.) autoriserait le juge à prononcer la division du paiement, même lorsqu'il y aurait une stipulation contraire. Il pense que ce serait donner trop de pouvoir aux

tribunaux. — M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angély) observe que plus la loi laisse de latitude aux tribunaux pour modifier les conventions, moins il existe de crédit. — M. Bigot-Préameneu dit qu'il n'a pas été dans l'intention de la section de donner à la disposition l'étendue dont a parlé le Consul... » (1). Mais ce n'est là que l'opinion du rapporteur de la section de législation. Cette opinion individuelle peut d'autant moins faire autorité que le Conseil d'Etat avait simplement pour rôle de préparer la loi. Au surplus, on ne trouve aucune trace de cette interprétation dans les discours qui furent prononcés devant le Corps législatif (2).

1486. De ce que la disposition de l'art. **1244** *in fine* est d'ordre public, il résulte aussi que le tribunal peut accorder d'office un ou plusieurs délais au débiteur. Au surplus l'art. **123** C. pr. civ. vient à l'appui de cette décision. Il prouve en effet que le tribunal a un pareil pouvoir quand le jugement est par défaut. Pourquoi n'en serait-il pas de même quand le débiteur, présent à l'instance, ne sollicite pas de délai? Dira-t-on que le juge n'est pas autorisé à statuer *ultra petita?* Cette objection ne serait pas fondée, car le fait de concéder d'office un délai au débiteur revient simplement à accorder au créancier moins qu'il ne demande, et, certainement le tribunal peut le faire sans excéder ses pouvoirs (3).

(1) Fenet, XIII, p 77; Locré, XII, p 170, n. 46.

(2) *Sic* Delvincourt, II, p. 769; Marcadé, IV, n. 694; Toulier, IV, p. 371; Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, quest. 539; Thomine-Desmazures, I, n. 138; Rodière, *Comp. et procéd.*, I, p. 369; Mourlon, II, n. 1346; Demolombe, XXV, n. 592; Laurent, XVII, n. 571, p. 560-563; Huc, VIII, n. 34, p. 53; Garsonnet, *Tr th. et prat. de procéd. civ.*, III, § 560, p. 579; Planiol, II, n. 395, al. 2. — Colmar, 29 juill. 1850, S., 51. 2. 272, D. P., 52. 2. 238. — *Contra* Toullier, VI, n. 658; Maleville, *Analyse du Code civil*, sur l'art. 1244; Rolland de Villargues, *Répert.*, v° *Terme*, n. 13; Poujol, *Tr. des oblig.*, I, n. 7 et 10, p. 463 et 464; Aubry et Rau, IV, p. 164, texte et note 26; Larombière, IV, p. 155 (art. 1244, n. 28); Arntz, III, n. 171; Vigié, II, p. 696, n. 1531; Thiry, III, n. 50, p. 73 *in fine*. — Bordeaux, 28 avril 1830, S. chr., IX. 2. 434, col. 2, D., *Répert. alph.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 4206. — Bordeaux, 23 juill. 1838, S., 39. 2. 147, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 1773-1°. Suivant le premier de ces arrêts, la renonciation dont il s'agit « n'a rien de contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, *qui sont au contraire intéressés au maintien de la foi promise à l'exécution des contrats* ». Le second s'appuie exclusivement sur la discussion au Conseil d'Etat.

(3) *Sic* Thomine-Desmazures, I, n. 137; Boncenne, II, p. 520; Larombière, IV, p. 157 (art. 1244, n. 31); Demolombe, XXV, n. 592-1° *in fine;* Huc, VIII, n. 34,

1487. Le juge peut-il, quand le créancier agit en vertu d'un titre exécutoire, user de la faculté que lui accorde l'art. 1244, al 2? Nous rappelons que le titre exécutoire est celui qui est dûment revêtu de la formule par laquelle le chef du pouvoir exécutif mande et ordonne aux agents de la force publique de prêter main-forte à l'exécution de l'acte, lorsqu'ils seront légalement requis (1).

Il faut distinguer suivant que le titre exécutoire est un jugement ou un acte notarié.

1488. Si le débiteur est poursuivi en vertu d'un jugement, il paraît incontestable qu'il ne peut pas obtenir du juge, soit de celui qui a rendu la décision qu'il s'agit de ramener à exécution, soit d'un autre, la faculté de diviser le paiement. Il ne peut pas l'obtenir d'un autre juge, parce qu'un tribunal n'a pas le droit, en dehors des cas de recours légaux, de modifier le jugement rendu par un autre. Il ne peut pas non plus l'obtenir du juge même qui a rendu la décision, parce que ce dernier a épuisé son pouvoir : le juge n'est plus maître de sa sentence une fois qu'il l'a rendue ; il n'a pas le droit de la modifier, et il la modifierait s'il autorisait la division d'un paiement auquel il a condamné le débiteur purement et simplement. C'est d'ailleurs ce que dit positivement l'art. 122 C. pr. civ., puisqu'il dispose que : « Dans le cas où les tribunaux peuvent accorder des délais pour l'exécution de leurs jugements, ils le feront *par le jugement même qui statuera sur la contestation...* » Ce point est constant en doctrine et en jurisprudence (2).

p. 53; Garsonnet, *op. cit.*, III, § 560 *in fine*, p. 580. — *Contra* Carré sur Chauveau, quest. 526; Pigeau, I, p. 515.

(1) Pour la teneur actuelle de cette formule, voyez le décret du 2 sept. 1871.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 183 *bis*-VI; Mourlon, II, n. 1348; Larombière, IV, p. 152 (art. 1244, n. 24); Laurent, XVII, n. 578; Vigié, II, n. 1530; Huc, VIII, n. 34, p. 53. — Bourges, 9 mai 1812, S. chr., IV, 2. 112, col. 2, D., *Rép. alph.*, v° *Jugement*, n. 454. — Cpr. Nancy, 3 juin 1871, S., 71. 2. 250, D. P., 72. 5. 347. — Paris, 2 déc. 1871, S., 72. 2. 151, D. P., 72. 2. 71. — Toutefois les juges ont la faculté d'accorder au débiteur un ou plusieurs délais sur les contestations incidentes et nouvelles résultant de l'exécution du jugement. Il en est ainsi notamment lorsque, après résolution ou rescision d'un contrat, ils sont appelés à préciser les restitutions que les parties doivent respectivement se faire et dont la première décision a simplement posé le principe. — Larombière, IV, p. 157 (art. 1244, n. 29); Huc, VIII, n. 34, p. 53 *in fine*.

1489. C'est, au contraire, une délicate question que celle de savoir si l'art. **1244**, al. **2**, est applicable lorsque le titre exécutoire est un acte notarié. Si on se borne à consulter le texte de l'art. **1244**, l'affirmative ne saurait faire doute. Cet article, en effet, est conçu en termes généraux, et, par conséquent, sa disposition paraît bien s'appliquer aux actes notariés exécutoires. D'ailleurs les mots « *de surseoir à l'exécution des poursuites* » supposent évidemment que le créancier est pourvu d'un titre paré, sans quoi il n'aurait pas eu le moyen de commencer des poursuites. Or, on laissera ces mots sans explication si l'on n'admet pas qu'ils s'appliquent au cas où le débiteur est poursuivi en vertu d'un acte notarié, puisque nous avons montré qu'ils ne concernent pas le cas où il est poursuivi en vertu d'un jugement. Nous ferons la même remarque à propos des mots qui suivent : « *toutes choses demeurant en état* », car ils n'ont de sens que si des poursuites ont été commencées et que si elles sont suspendues, sauf à être reprises, le cas échéant (1). Enfin, lorsque le titre du créancier est un acte notarié exécutoire, le motif qui a dicté la disposition de l'art. **1244**, al. **2**, bien loin de faire défaut, est plus pressant que lorsque le créancier n'a pas de titre paré. Dans la première hypothèse, en effet, la poursuite peut être exercée avec plus de promptitude, et, par conséquent, il est d'autant plus utile que les tribunaux puissent prendre en considération la situation malheureuse du débiteur (2). C'est bien là, d'après nous, la solution exacte (3). Mais plusieurs

(1) Aubry et Rau, IV, p. 165, note 29; Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, I, quest. 524; Rodière, *Compét. et procéd*, I, p. 370; Larombière, IV, p. 150 (art. 1244, n. 23); Demolombe, XXV, n. 594-1°; Laurent, XVII, n. 581, p. 575; Huc, VIII, n. 34, p. 53; Planiol, II, n. 395, al. 2. — Bordeaux, 28 fév. 1814, Pau, 12 juin 1822, Paris, 23 avril 1831 et 2 août 1849, postcités.

(2) Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, XXV, n. 594 4°. — Pau, 12 juin 1822, postcité.

(3) La jurisprudence est ferme dans ce sens. Aix, 17 déc. 1813, S. ch., IV, 2. 368, col. 3, D, *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1778-2°. — Bordeaux, 28 fév. 1814, S., chr., IV, 2. 381, col. 1, D., *op.* et *loc. cit.* — Pau, 12 juin 1822, S. chr., VII, 2. 82, col. 2, D, *op.* et *loc. cit.* — Agen, 6 déc. 1824, S. chr., VII, 2. 454, col. 2, D., *op.* et v° *cit.*, n. 1778-3°. — Req., 1er fév. 1830, S. ch., IX, 1. 443, col. 3, D., *op.* et v° *cit.*, n. 1778-6°. — Paris, 23 avril 1831, S., 31. 2. 162 et 333, D., *op. cit.*, v° *Prêt à intérêt*, n. 36. — Bruxelles, 18 janv. 1842, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 1202-6°. — Paris, 2 août 1849, S., 49. 2. 527, D. P., 52. 2. 238. — Colmar, 29 juill. 1850,

objections ont été puisées en dehors des termes de l'art. **1244**. Aucune d'elles, d'ailleurs, ne nous paraît fondée. On a opposé en premier lieu à notre décision le principe de la séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. Le mandement placé à la fin du titre exécutoire est un ordre émanant du chef du pouvoir exécutif. Si le pouvoir judiciaire était admis à entraver momentanément l'exécution de cet ordre, il empièterait sur le domaine du pouvoir exécutif et violerait, par conséquent, un principe qui forme une des bases de notre constitution (1). L'objection ne porte pas, car il s'agit de savoir si les juges ne tiennent pas du pouvoir législatif le droit de concéder un délai même quand le titre du créancier est un acte notarié exécutoire. Or, si ce droit leur a été conféré par la loi, ils ne commettent certainement pas un empiètement en l'exerçant (2).

On a objecté également que, lorsque le créancier est porteur d'un titre exécutoire, il n'a pas besoin, pour procéder à l'exécution, de s'adresser aux juges et que, par suite, ces derniers, n'étant pas saisis, ne peuvent pas concéder un terme au débiteur (3). Cet argument est sans valeur. Il suppose, en effet, que, si les tribunaux ont la faculté d'accorder des délais, c'est parce qu'elle leur a été reconnue par la doctrine et par la jurisprudence comme conséquence du pouvoir qu'ils ont de condamner ; il suppose, en d'autres termes, qu'on a raisonné ainsi : du moment que les juges ont le droit de prononcer la condamnation, ils ont également celui de la subordonner à cette condition que l'exécution n'aura pas lieu avant l'expiration d'un certain délai par eux imparti au débiteur. Or, ce n'est point en vertu de ce raisonnement que les juges

S., 51. 2. 272, D. P., 52. 2. 238. — Alger, 17 fév. 1864, S., 64. 2. 184, D. P., 64. 5. 276. — Req., 8 nov. 1892, D. P., 93. 1. 33. — Cpr. Metz, 21 juin 1821, D., *op.* et v° *cit.*, n. 1778-2°. — V. cependant Pau, 26 nov. 1807, S. chr., II, 2. 307, col. 3, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1777. — Bruxelles, 18 juin 1812, S. chr., IV, 2. 138, col. 1, D., *op.* et *loc. cit.*

(1) Toullier, VI, n. 660; Boitard et Colmet d'Aage, *Leçons de proc. civ.*, n. 256,

(2) Colmet de Santerre, V, n. 183 *bis*-VII; Mourlon, II, n. 1349-1°; Laurent, XVII, n. 581, al. 2, p. 575. — Pau, 12 juin 1822, précité.

(3) Toullier, *loc. cit.*; Duranton, XII, n. 89; Boitard et Colmet d'Aage, *op.* et *loc. cit.*

ont la faculté d'accorder des termes au débiteur. Elle leur a été attribuée sans distinction par la loi même, et, par conséquent, le débiteur peut leur demander directement d'en faire usage à son profit. Il n'est point nécessaire que cette demande soit formée au cours d'une contestation préexistante. Elle ne suppose donc pas que les juges sont déjà saisis [1].

La combinaison de l'art. 1244, al. 2, et de l'art. 2212 a fourni une troisième objection. Le second de ces textes, prévoyant une poursuite en expropriation forcée des immeubles du débiteur, dispose en ces termes : « Si le débiteur justifie, par baux authentiques, que le revenu net et libre de ses immeubles pendant une année suffit pour le paiement de la dette en capital, intérêts et frais, et s'il en offre la délégation au créancier, la poursuite peut être suspendue par les juges, sauf à être reprise s'il survient quelque opposition ou obstacle au paiement ». Puisque la poursuite dont il s'agit tend à une expropriation forcée, le créancier est évidemment armé d'un titre exécutoire, par conséquent d'un jugement ou d'un acte notarié. Ainsi, quand le créancier fonde sa poursuite sur un titre de cette nature, le débiteur ne peut obtenir un délai que sous les conditions exigées par l'art. 2212, sans quoi ce dernier texte serait inutile. Cela revient à dire que l'art. 1244, al. 2, qui, sous les seules réserves par lui indiquées, laisse aux juges un pouvoir souverain d'appréciation quant à la concession des délais, est inapplicable si le créancier est pourvu d'un titre exécutoire, que ce titre soit un jugement ou un acte notarié [2]. Cette interprétation de l'art. 2212 nous paraît inexacte. La disposition de l'art. 1244, al. 2, n'est point étrangère au cas où le titre exécutoire est un acte authentique. Il ne faut pas dire que, dans cette hypothèse, l'art. 1244, al. 2, n'admet pas le terme de grâce et que l'art. 2212 fait exception à ce principe dans le cas et sous les conditions qu'il détermine. L'art. 1244, al. 2, autorise sans distinction le terme de grâce. S'il n'y avait que sa disposition, les tribunaux pourraient,

[1] Marcadé, IV, n. 695, al. 3; Colmet de Santerre, V, n. 183 *bis*-VIII; Larombière, IV, p. 151 (art. 1244, n. 23 *in fine*); Demolombe, XXV, n. 594 3°; Laurent, XVII, n. 581, al. 1.

[2] Toullier, Boitard et Colmet d'Aage, *loc. cit.*

même quand le créancier poursuit l'expropriation des immeubles du débiteur, concéder à celui-ci un ou plusieurs délais, sous la seule condition d'user de ce pouvoir avec réserve et de n'accorder que des délais modérés. Or l'art. 2212, restreignant le domaine de la règle, subordonne, pour le cas de cette expropriation, la concession du terme de grâce à des conditions particulièrement rigoureuses. Cette disposition se justifie aisément. Le terme de grâce est incompatible avec la procédure d'expropriation forcée, dont les formalités doivent être accomplies dans certains délais fixés par le législateur. Quand cette procédure est commencée, il ne se comprend que si l'inutilité de l'expropriation vient à être démontrée, or c'est précisément ce qui arrive lorsque le débiteur satisfait aux conditions exigées par l'art. 2212 (1).

1490. Tout en se refusant, comme nous, à voir dans la disposition de l'art. 2212 une exception à la règle résultant de l'art. 1244, al. 2, on a donné du premier de ces articles une interprétation que nous croyons inadmissible. L'art. 2212 dérogerait, non pas à la disposition de l'art. 1244, al. 2, mais bien à celle de l'art. 122 C. pr. civ. D'après ce dernier texte, nous l'avons dit, un délai de grâce ne peut être accordé pour l'exécution d'un jugement que par la décision même qu'il s'agit d'exécuter. Mais, par exception, il en serait autrement quand il y a eu saisie immobilière et que le débiteur satisfait aux conditions exigées par l'art. 2212 (2).

M. Colmet de Santerre approuve cette explication; mais il la généralise en disant que l'art. 2212 est applicable dans les diverses hypothèses prévues par l'art. 124 C. pr. civ., en supposant que le débiteur ait la capacité voulue pour déléguer le créancier dans les revenus de ses immeubles (3).

Il convient, selon nous, de rejeter cette interprétation. Elle présente ce grave défaut de supposer que l'art. 2212 déroge à des dispositions du Code de procédure civile, c'est-à-dire à des dispositions qui, au moment où il a été

(1) Demolombe, XXV, n. 594 2° et n. 595; Laurent, XVII, n. 579, p. 571-573.

(2) Mourlon, II, n. 1349-2°.

(3) Colmet de Santerre, V, n. 183 *bis*-VII *in fine*. — *Adde* Garsonnet, *op. cit.*, III, § 561 *in fine*.

écrit, n'existaient pas encore. Cela nous paraît décisif [1].

1491. Aux termes de l'art. 1244, al. 2, c'est « *en considération de la position du débiteur* » [2] que les juges peuvent accorder à celui-ci un ou plusieurs délais : « On a supposé; suivant l'explication donnée par Treilhard dans la discussion au Conseil d'État, un débiteur qui, prouvant par le tableau de sa situation qu'il est solvable, demande un court délai pour une partie du paiement » [3]. Mais cette explication ne saurait enchaîner la liberté des juges. Ils ont, en réalité, un pouvoir souverain d'appréciation. Remarquons simplement qu'en pratique les principaux éléments dont ils tiennent compte sont la bonne volonté du débiteur, sa bonne foi, le caractère momentané de sa gêne, la suffisance de ses ressources, les mesures prises par lui pour être en état de payer, l'exécution réalisée partiellement, les inconvénients graves qui résulteraient pour lui d'un paiement immédiat, les garanties fournies au créancier, les liens de parenté ou d'alliance existant entre les parties, leurs rapports d'amitié, les services rendus antérieurement par le débiteur au créancier.

Les juges ne sont point obligés, d'ailleurs, d'avoir uniquement égard à la position du débiteur. Ils peuvent certainement aussi considérer celle du créancier. Ainsi le veut l'équité, non moins que le droit. C'est bien ce que Bigot-Préameneu donnait à entendre dans l'*Exposé des motifs :* « Si néanmoins, disait-il, le débiteur se trouvait dans des circonstances telles que, par des motifs d'humanité, ou peut-être pour l'intérêt même du créancier, les juges fussent convaincus que, *sans porter préjudice à ce créancier,* ils feraient un acte d'humanité en accordant des délais modérés pour le paiement, la loi les y autorise... » [4]. Donc, si la concession d'un délai est susceptible de nuire gravement au créancier, il rentre dans l'esprit de la loi qu'elle soit refusée.

[1] Laurent, XVII, n. 580, p. 573 *in fine* et p. 574.

[2] Pothier disait : « En considération de la pauvreté du débiteur », *Oblig.*, n. 536, al. 1er (édit. Dupin, I, p. 316).

[3] Fenet, XIII, p. 77 *in fine ;* Locré, XII, p. 170, n. 46 *in fine.*

[4] Fenet, XIII, p. 266 *in fine ;* Locré, XII, p. 367, n. 122. — Cpr. Jaubert, *Rapport au Tribunat,* Fenet, XIII, p. 346 ; Locré, XII, p. 466, n. 16.

Il est inadmissible que les juges ruinent le créancier pour venir en aide au débiteur (1).

Toutefois la position du créancier ne forme jamais un obstacle absolu à la concession du délai de grâce (2).

A la différence de l'ordonnance de 1669, qui fixait à trois mois le *maximum* du temps pendant lequel les juges pouvaient surseoir à l'exécution de la condamnation, le Code civil ne limite pas le délai que les juges sont autorisés à accorder au débiteur (3). Cependant, la loi leur recommande de n'user qu'*avec une grande réserve* de la faculté que leur reconnaît l'art. 1244, al. 2. Elle explique, au surplus, qu'il s'agit pour eux d'accorder des délais *modérés*. Les juges, quand ils usent de cette faculté, ne doivent pas oublier qu'ils font l'aumône avec le bien d'autrui, et qu'ils sont tenus par là même de la faire avec une extrême parcimonie.

Mais le point de savoir si le temps par eux concédé au débiteur présente le caractère de délai modéré est complètement abandonné à leur appréciation, et le conseil que la loi leur adresse de n'user qu'*avec une grande réserve* du pouvoir dont il s'agit est dépourvu de sanction (4).

Tout cela revient à dire qu'ils ont ici un pouvoir discrétionnaire (5).

(1) Demolombe, XXV, n. 599 *in fine;* Laurent, XVII, n. 573; Huc, VIII, n. 34, p. 52 *in fine.* — Bordeaux, 30 août 1831, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1774. — La C. de Bordeaux formule ce principe : « Avant d'accorder au débiteur un délai pour sa libération, il faut considérer si la position du créancier ne s'oppose pas à ce délai ». — Cpr. Bruxelles, 16 nov. 1831, *Pasicrisie*, 1831, p. 295.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 163, note 19. — Cpr. Paris, 18 déc. 1806, S. chr., II, 2. 183, D., *loc. cit.* — En définitive, la question manque d'intérêt, puisque, sur le point qui nous occupe, les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation et que leur décision ne peut pas être censurée par la cour suprême. Garsonnet, *op. cit.*, III, § 560, p. 578.

(3) Selon Toullier, les juges mériteraient des reproches bien fondés « s'ils accordaient plus d'une année, qui, d'après l'art. 2212, est le délai le plus long que les juges puissent accorder, lors même que les revenus libres du débiteur pendant une année suffisent pour le paiement de la dette en capital, et qu'il offre d'en faire la délégation au créancier. On peut avec justesse induire de cette disposition que, dans les autres cas, le délai que les juges peuvent accorder ne doit pas s'étendre à une année, sans quoi ils excèderaient leurs pouvoirs », VI, n. 657, dernier al. Il n'est pas contestable que cette opinion de Toullier doit être repoussée.

(4) Garsonnet, *op. cit.*, III, § 560, p. 578.

(5) Aubry et Rau, IV, p. 163; Demolombe, XXV, n. 599; Laurent, XVII, 572, p. 563 *in fine;* Huc, VIII, n. 34, p. 52 *in fine.*

Il s'ensuit que l'abus de la faculté reconnue aux juges par l'art. 1244, al. 2, ne saurait fournir un moyen de cassation [1], mais seulement un grief d'appel [2].

Du moment qu'il s'agit ici d'un pouvoir discrétionnaire, il faut également décider que les tribunaux ne sont pas tenus de motiver ni même d'exprimer leur refus d'accorder un délai de grâce : « Le silence du juge sur des conclusions par lesquelles un délai de cette nature lui est demandé, dit la cour suprême dans un arrêt du 7 juin 1859, prouve suffisamment qu'il n'a pas cru trouver dans la cause les motifs nécessaires pour accorder un pareil délai » [3].

1492. Le délai de grâce a pour effet de « surseoir à l'exécution des poursuites », et, par conséquent, les poursuites faites après la concession de ce délai doivent, si le créancier le demande, être annulées avec dommages-intérêts.

Mais le terme de grâce ne saurait anéantir les poursuites antérieures, car il n'entraîne surséance que « toutes choses demeurant en état ». Ainsi les actes de poursuite accomplis avant l'octroi de ce terme conservent toute leur valeur. Au surplus, si la loi avait admis la solution opposée, c'est au débiteur qu'aurait nui sa disposition, puisqu'elle aurait eu pour conséquence de rendre nécessaires de nouveaux frais, qui auraient été supportés par lui.

Il s'ensuit que la mise en demeure est maintenue avec tous ses effets légaux.

Si les poursuites arrêtées par la concession du délai sont de celles qui doivent être terminées à jour fixe, le temps imparti par la loi pour les mener à fin est prolongé dans la mesure du délai de grâce [4].

1493. Le terme de grâce, à la différence du terme de

[1] Duvergier sur Toullier, III, 2e part. (ancien tome VI), n. 657, note *a;* Demolombe, XXV, n. 598 *in fine.*— Sect. req., 25 fév. 1818, S. chr., V, 1. 437.

[2] V. Colmar, 18 août 1816, S. chr., V, 1. 186, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1769. Cette décision infirme le jugement en se fondant sur ce « qu'en accordant dix années, les premiers juges ont excédé les limites qui leur étaient tracées par la loi ».

[3] Req., 8 juin 1859, S., 60. 1. 277, D. P., 60. 1. 21. — *Adde* Cass. belge, rej., 24 déc. 1857, *Pasicrisie*, 58. 1. 58. — Garsonnet, *op. cit.*, III, § 560, p. 578.

[4] Bioche, *op.* et v° *cit.*, n. 82; Garsonnet, *op. cit.*, III, § 559, p. 575.

droit, « ne fait pas obstacle à la compensation ». Art. 1292 [1]. Si les juges accordent un délai, c'est parce qu'il est impossible ou au moins très difficile pour le débiteur d'exécuter l'obligation. Or, quand il devient créancier de son propre créancier, l'obstacle qui s'opposait au paiement proprement dit n'est certainement pas de nature à empêcher que les deux dettes puissent s'éteindre réciproquement jusqu'à la concurrence de la plus faible. Il eût été, d'ailleurs, contraire à l'équité que le créancier fût obligé de payer sa dette, alors qu'il n'eût pas été admis à exiger le paiement de sa créance [2].

1494. Aux termes de l'art. 125 C. pr. civ. : « Les actes conservatoires seront valables, nonobstant le délai accordé ». Cela signifie que le créancier est admis à faire de pareils actes même après la concession du terme de grâce. C'est qu'en effet des actes conservatoires ne sont pas des actes de poursuite. D'ailleurs, puisque le terme de droit ne s'oppose pas à l'exercice des actes conservatoires [3], il va de soi que le terme de grâce devait être dans le même cas.

1495. On se demande si, au cours du délai de grâce, le créancier a le droit de pratiquer une saisie-arrêt au préjudice de son débiteur. La réponse à cette question doit se déduire du principe que jusqu'à l'expiration du terme de grâce, les actes d'exécution sont interdits au créancier et que, par conséquent, les seuls actes conservatoires lui sont permis. Or la saisie-arrêt a un caractère mixte. Ce n'est pas seulement un

(1) « Ce terme n'est qu'un terme de *grâce*, accordé seulement à l'effet d'arrêter la rigueur des contraintes, mais qui ne peut arrêter la compensation ». Pothier, *Oblig.*, n. 627 *in fine* (édit. Dupin, I, p. 376). — V. aussi L. 16, § 1, D., *De compens.*, XVI, 2.

(2) Selon la remarque très juste de M. Demolombe, non seulement le terme de grâce ne fait pas obstacle à la compensation, mais il est susceptible de la favoriser. En effet, si le débiteur établit que, dans le cas où il obtiendrait un certain délai sa dette s'éteindrait prochainement par voie de compensation, le tribunal pourra lui accorder le sursis afin de rendre possible ce résultat, XXVIII, n. 539. — Jugé que lorsque le défendeur forme reconventionnellement une demande en dommages-intérêts à mettre par état, « il est de principe que les tribunaux peuvent suspendre l'exécution du jugement jusqu'au jour où la compensation légale pourra être opposée par le défendeur, mais que le juge ne doit user d'un tel pouvoir qu'avec une extrême réserve et que dans la mesure où la demande reconventionnelle semble sérieuse. » Bordeaux, 9 mai 1888, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 88. 1. 301.

(3) V. *supra*, n. 991.

acte conservatoire, c'est aussi un acte d'exécution [1]. A ce dernier titre, elle est interdite au créancier. Ajoutons qu'elle irait à l'encontre du but poursuivi par les juges quand ils accordent un délai : ils entendent que le débiteur puisse, en administrant sa fortune et en disposant de ses biens, rétablir ses affaires et parvenir ainsi à désintéresser le créancier. Or la saisie-arrêt lui enlèverait la disposition des sommes arrêtées et pourrait le faire échouer dans son entreprise [2].

1496. Le terme de grâce ne profite qu'au débiteur qui l'a obtenu. En supposant des débiteurs conjoints, le délai que le tribunal a concédé à l'un d'entre eux seulement est, par rapport aux autres, *res inter alios judicata.*

De même le terme de grâce n'est opposable qu'à celui des créanciers contre lequel il a été accordé. La disposition de l'art. **124** C. pr. civ. montre, en effet, que, nonobstant le délai, les autres créanciers peuvent saisir et faire vendre les biens du débiteur [3].

Quand un délai de grâce est accordé à des co-débiteurs, sa durée peut ne pas être la même pour tous. Cette solution résulte de ce qui précède. Dans ce cas, en effet, chaque débiteur est l'objet d'une faveur distincte.

Mais la caution bénéficie du terme de grâce accordé au débiteur principal, sans quoi ce dernier lui-même se trou-

(1) V. *supra*, n. 995. — V. aussi *supra*, n. 841.

(2) *Sic* Carré, quest. 1926 ; Larombière, IV, p. 154 (art. 1244, n. 27) ; Laurent, XVII, n. 584. — Grenoble, 26 mai 1882, S., 83. 2. 84. — *Contra* Toullier, VI, n. 673 ; Chauveau, *op. cit.* sur Carré, quest. 1926 ; Boncenne, *op. cit.*, II, p. 523 ; Roger, *De la saisie-arrêt*, n. 119 ; Huc, VIII, n. 35. p 54 *in fine*. — M. Demolombe distingue : la question de savoir si, avant l'expiration du délai, le créancier a le droit de pratiquer une saisie-arrêt, pourrait être résolue différemment suivant les circonstances qui ont fait accorder le terme de grâce. Il serait naturel que ce droit fût refusé au créancier dans le cas où celui-ci aurait des garanties suffisantes, surtout si les sommes frappées de saisie étaient exigibles au moment de la concession du délai. Mais on pourrait se prononcer dans l'autre sens lorsque, le terme n'ayant été accordé au débiteur que par des considérations d'humanité et dans l'espoir que ses affaires se rétabliraient, l'événement tromperait l'attente des juges, la situation du débiteur ne faisant que s'aggraver durant le délai. Demolombe, XXV, n. 604-2°. Mais, quoi qu'en dise M. Demolombe, la nature de la saisie-arrêt ne peut pas varier suivant les cas ; il est inadmissible que cette saisie soit tantôt un acte d'exécution et tantôt un acte purement conservatoire.

(3) Garsonnet, *op. cit.*, III, § 559, p. 573.

verait ne pas en profiter, car la caution, après avoir payé, aurait le droit de recourir contre lui, sans attendre l'expiration du délai [1].

1497. Dès que le délai est expiré, le créancier peut reprendre les poursuites. Il n'est pas nécessaire que le juge ait déclaré qu'il en serait ainsi [2].

1498. Quand le tribunal a autorisé le débiteur à fractionner le paiement, le créancier, faute par le débiteur d'acquitter un des termes, a le droit d'exiger immédiatement le paiement total. En effet, si les juges ont permis des paiements partiels, c'est à la condition que le débiteur acquitterait les fractions de dette aux époques par eux fixées. Il est inadmissible que le débiteur puisse, de sa propre autorité, aggraver la situation faite par le tribunal au créancier [3].

Toutefois le débiteur peut, en acquittant le terme échu, arrêter les poursuites et conserver ainsi le droit de profiter des autres délais [4].

1499. Il résulte de certaines dispositions du Code civil que, dans quelques hypothèses, les juges ne peuvent pas accorder de délai :

1° « La résolution de la vente d'immeubles, dit l'art. 1655, al. 1 et 2, est prononcée de suite, si le vendeur est en danger de perdre la chose et le prix. — Si ce danger n'existe pas, le juge peut accorder à l'acquéreur un délai plus ou moins long suivant les circonstances ». Il en est donc autrement si le danger existe [5]. Bien que cette disposition ne vise expressé-

(1) Huc, VIII, n. 35, p. 55.

(2) V. sur la véritable portée de décisions qu'on invoque souvent en sens divers Garsonnet, *op. cit.*, III, § 559, p. 574, note 7.

(3) *Sic* Bioche, *op.* et v° *cit.*, n. 81 ; Carré et Chauveau, *op. cit.*, IV, quest. 527 Garsonnet, III, *op. cit.*, III, § 559, p. 574. — *Contra* Larombière, IV, p. 161 (art. 1244, n. 35).

(4) Bioche, *op.* et v° *cit.*, n. 82 ; Garsonnet, *op. cit.*, III, p. 574, note.

(5) Le troisième et dernier al. du même article est ainsi conçu : « Ce délai passé sans que l'acquéreur ait payé, la résolution de la vente est prononcée ». Il résulte de ce texte que, si l'acheteur qui a obtenu un délai de grâce laisse passer ce délai sans payer le prix, les juges ne peuvent pas lui accorder un nouveau délai et sont tenus de prononcer la résolution de la vente. Duvergier, *Vente*, I, n. 437; Colmet de Santerre, VII, n. 100 *bis;* Laurent, XXIV, n. 342; Guillouard, *Vente*, II, n. 582; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 547.

ment que la vente d'immeubles, il convient de l'appliquer à la vente de meubles. La facilité avec laquelle ces derniers circulent justifie cette solution (1).

2° Aux termes de l'art. 1656 : « S'il a été stipulé lors de la vente d'immeubles que, faute de paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation; mais, *après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de délai* ». La plupart des auteurs estiment que cette disposition n'a rien de particulier aux ventes d'immeubles et qu'elle renferme simplement une application d'un principe commun à tous les contrats synallagmatiques (2). Il faut donc généraliser et dire : quand il a été convenu, dans un contrat synallagmatique, que, faute par les parties d'exécuter leurs engagements dans le terme convenu, le contrat sera résolu de plein droit, elles peuvent néanmoins les exécuter après l'expiration de ce terme, tant qu'elles n'ont pas été mises en demeure par une sommation, mais après avoir été mises en demeure ainsi, elles ne peuvent pas obtenir de délai de grâce.

3° « En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement ». Art. 1657. Cette disposition exclut la possibilité de la concession d'un délai par le juge. Mais, si les parties n'ont pas fixé de terme pour le retirement, une sommation ne saurait produire la résolution de plein droit, et le tribunal pourrait, même après cette sommation, concéder un délai à l'acheteur (3).

(1) *Sic* Duvergier, *op. cit.*, I, n. 436; Aubry et Rau, IV, p. 400; Laurent, XXIV, n. 341 *in fine*, p. 328; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 584; Huc, X, n. 167 *in fine*, p. 231; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 549. — Paris, 11 juill. 1853, D. P., 54. 2. 33. — *Contra* Troplong, *Vente*, II, n. 665.

(2) *Sic* Toullier, VI, n. 557 et 568; Troplong, *op. cit.*, II, n. 668; Aubry et Rau, IV, p. 400; Larombière, III, p. 160 (art. 1184, n. 59); Huc, VII, n. 281, p. 378.

(3) *Sic* Marcadé, VI, art. 1657, II; Aubry et Rau, IV, p. 395, note 3; Larombière, III, p. 147 (art. 1184, n. 50); Demolombe, XXV, n. 545; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 632; Huc, X, n. 173, p. 238; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*,

L'art. 1657 s'applique aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile [1].

4° « Le terme fixé (pour l'exercice de l'action en réméré) est de rigueur et ne peut être prolongé par le juge ». Art. 1661 [2].

1500. Aux termes de l'art. 124 C. proc. civ., le débiteur ne pourra pas obtenir un délai de grâce ni jouir de celui qui lui aura été accordé :

1° « Si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers ». Cette vente forcée prouve ou au moins rend très vraisemblable l'insolvabilité du débiteur. Or, le terme de grâce n'est pas admis en faveur d'un débiteur qui est insolvable, mais seulement de celui qui est momentanément dans une situation embarrassée et qui pourra se libérer si on lui accorde un délai. Peu importe, d'ailleurs, que les biens vendus soient des meubles ou des immeubles [3].

2° « S'il est en état de faillite ». A plus forte raison en est-il de même si le débiteur est en état de déconfiture, car la déconfiture suppose l'insolvabilité, tandis que la faillite suppose simplement la cessation des paiements [4].

3° « S'il est en état de contumace ». Alors, en effet, à raison de sa rébellion, l'accusé ne mérite pas de faveur. Au surplus, vu l'absence persistante du contumax et la mise de ses biens sous séquestre, les créanciers perdent beaucoup

n. 597. — Civ. rej., 17 déc. 1879, S., 80. 1. 217, D. P., 80. 1. 133. — *Contra* Duvergier, *op. cit.*, I, n. 474; Troplong, *op. cit.*, II, n. 679. — Douai, 8 janv. 1846, S., 46. 2. 252. — Cpr. Laurent, XXIV, n. 316.

[1] Jurisprudence constante. V. C. civ. Fuzier-Herman, art. 1657, n. 4. — La doctrine est divisée. V. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 596 et les autorités citées.

[2] Lorsque, dans une vente à réméré, suivie de relocation au vendeur, il a été convenu que celui ci, faute par lui de payer le prix du bail au terme fixé, serait déchu de la faculté d'exercer le rachat, les juges ne peuvent lui accorder aucun délai, car un pareil sursis équivaudrait à une prorogation du terme de réméré. — Civ. cass., 23 déc. 1845, S., 46. 1. 732, D., *Répert. alph.*, v° *Vente*, n. 1459-2°.

[3] Larombière, IV, p. 160 (art. 1244, n. 34).

[4] Delvincourt, II, p. 490; Toullier, VI, n. 670; Marcadé, IV, n. 696; Aubry et Rau, IV, p. 164, texte et note 22; Demolombe, XXV, n. 605; Laurent, XVII, n. 676, p. 667 *in fine*; Boitard et Colmet d'Aage, *Leçons de procéd.*, I, n. 261; Garsonnet, *op. cit.*, III, § 559, p. 577, note 22. — Poitiers, 17 juin 1862, D. P., 64. 2. 22.

de leurs garanties [1]. D'après M. Larombière : « Par état de contumace, il ne faut pas entendre seulement la disparition du débiteur poursuivi criminellement; cette expression a ici un sens plus étendu et approprié à la loi civile. Un débiteur est donc en état de contumace, lorsqu'il a disparu, qu'il se cache, se soustrait aux poursuites de ses créanciers, et met frauduleusement entre eux et lui de grandes distances » [2]. Cette interprétation est, croyons-nous, inexacte. L'expression contumace appartient exclusivement à la langue du droit criminel, et sa signification est précisée par l'art. 465 C. instr. crim., ainsi conçu : « Lorsqu'après un arrêt de mise en accusation, l'accusé n'aura pu être saisi, ou ne se présentera pas dans les dix jours de la notification qui en aura été faite à son domicile, — ou lorsqu'après s'être présenté ou avoir été saisi, il se sera évadé, — le président de la Cour d'assises, ou, en son absence, le président du tribunal de première instance, et, à défaut de l'un et de l'autre, le plus ancien juge du tribunal, rendra une ordonnance portant qu'il sera tenu de se représenter dans un nouveau délai de dix jours; sinon qu'il sera déclaré rebelle à la loi, qu'il sera suspendu de l'exercice des droits de citoyen, que ses biens seront séquestrés pendant l'instruction de la contumace, que toute action en justice lui sera interdite pendant le même temps, qu'il sera procédé contre lui, et que toute personne est tenue d'indiquer le lieu où il se trouve. Cette ordonnance fera de plus mention du crime et de l'ordonnance de prise de corps ». L'accusé qui ne se présente pas dans le délai fixé par ce texte est en état de *contumace*. Il ne peut y avoir de *contumace* qu'en matière criminelle, dans le sens étroit de cette dernière expression, c'est-à-dire au cas de poursuites devant la Cour d'assises. Il ne saurait donc en être question quand il s'agit d'une poursuite correctionnelle ou de simple police. A plus forte raison n'est-il pas admissible qu'on parle de *contumace* en matière civile. Lorsqu'un terme de la langue juridique a

[1] Boitard et Colmet d'Aage, *op. cit.*, I, n. 262 *in fine;* Garsonnet, *op. cit.*, III, § 559, p. 577 *in fine*, et p. 578.

[2] Larombière, IV, p. 160 (art. 1244, n. 34).

un sens légal et bien défini, on doit s'abstenir de lui en donner un autre [1].

4° « S'il est constitué prisonnier ». De quel emprisonnement s'agit-il? Le texte de l'art. 124 ne précise pas. S'ensuit-il qu'il ne faille pas distinguer et que la loi fasse allusion aussi bien à l'emprisonnement pénal qu'à l'emprisonnement civil, c'est-à-dire à l'emprisonnement par suite de la contrainte par corps? D'éminents auteurs se prononcent pour l'affirmative [2]. Cependant il nous semble que l'esprit de la disposition précitée commande la distinction : à moins que l'emprisonnement pénal ne soit accompagné de la déconfiture, il n'y a pas déchéance du délai de grâce. Ce qui revient à dire que, par lui-même, il n'entraîne pas cette déchéance [3].

L'hypothèse en vue de laquelle a été écrit le passage précité de l'art. 124 n'est plus susceptible de se présenter aussi souvent qu'autrefois, la loi du 22 juillet 1867 n'ayant maintenu la contrainte par corps que pour le paiement des frais et des dommages-intérêts en matière criminelle, correctionnelle ou de simple police.

5° « Lorsque, par son fait, il aura diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ». Nous avons déjà rencontré ces expressions dans l'art. 1188. Nous renvoyons, par suite, aux explications qui ont trouvé place dans notre commentaire de ce dernier texte [4]. Disons toutefois que, puisque d'après l'art. 1188 la diminution des sûretés données par le contrat entraîne déchéance du terme conventionnel, elle devait, à plus forte raison, entraîner déchéance du terme de grâce, celui-ci étant fondé seulement sur la faveur, et surtout s'opposer à ce que ce dernier terme fût accordé.

Si l'on compare l'art. 124 C. pr. civ. à l'art. 1188 C. civ , on constate que les cas où la déchéance est encourue

(1) Aubry et Rau, IV, p. 164. note 23; Boitard et Colmet d'Aage, *op. cit.*, I, n. 262; Laurent, XVII, n. 576, p. 568; Garsonnet, *op. cit.*, III, § 559, p. 578, note 24.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 164, note 24; Laurent, *loc. cit.*

(3) Boitard et Colmet d'Aage, *op. cit.*, I, n. 263; Larombière, IV, p. 160 (art. 1244, n. 34).

(4) V. *supra*, n. 1014 s.

sont plus nombreux pour le terme de grâce que pour le terme de droit. A cela rien que de très naturel, puisque le premier est un terme de faveur, tandis que le second existe en vertu de la convention même.

1501. Le Code de commerce renferme une importante dérogation à notre principe. Aux termes de son art. 157 : « Les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le paiement d'une lettre de change » (1). Cette disposition s'applique aussi au billet à ordre. Arg. art. 187 C. com. (2). La loi veut que les diverses personnes intéressées au paiement de la lettre de change ou du billet à ordre soient renseignées dès l'échéance sur la situation qui leur est faite (3).

Mais les dispositions des art. 157 et 187 C. com. ont un caractère exceptionnel, et, par conséquent, elles ne doivent pas être étendues aux autres matières commerciales (4).

(1) Cette disposition est applicable même quand le débiteur n'est pas commerçant. Elle a, en effet, son fondement dans la nature de la dette et non pas dans la qualité du débiteur. *Sic* Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, I, n. 1190, p. 656 et *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 291, p. 205. — *Contra :* Bédarride, *Tr. de dr. comm.*, I, n. 281, et II, n. 449.

(2) Mais le tribunal peut accorder un terme pour le paiement d'un billet à ordre qui n'est pas commercial. Bioche, *Dict. de proc. civ.*, v° *Délai*, n. 93 ; Garsonnet, *op cit.*, III, § 561, p. 581, note ; Sect. req., 31 juill. 1817, S. chr., V, 1. 356, col. 2. — La Cour d'appel de Colmar a décidé, par un arrêt du 22 novembre 1815, que la disposition de l'art. 1244, al. 2, peut être étendue aux lettres de change, quand la cause première de la demande est une créance civile qui, eu égard à des circonstances calamiteuses et au lien de parenté existant entre les parties, mérite quelque faveur. S. chr., V, 2. 74.

(3) Valabrègue, *Nouv. cours de droit comm.*, p. 359, n. 274. — Jugé que si, en général, l'art. 1244, reconnaît aux juges le pouvoir de permettre des paiements partiels et, en conséquence, de restreindre les effets d'une saisie-arrêt à une fraction de la somme arrêtée, ils n'ont pas ce pouvoir quand la créance en vertu de laquelle cette saisie a été pratiquée résulte d'un billet à ordre : « Attendu que des art. 157 et 187 C. com. il résulte que le juge ne peut, en pareil cas, accorder des délais pour le paiement ; que ce que le tribunal de commerce n'aurait pu faire en prononçant la condamnation au paiement desdits effets de commerce, le juge civil ne le peut pas, non plus, d'une manière indirecte, en fractionnant les paiements et privant le créancier d'une partie du bénéfice que lui assurait une saisie-arrêt sur les valeurs reconnues appartenir à son débiteur ». Bordeaux, 17 mars 1858, D. P., 59. 2. 6.

(4) *Sic* Pardessus, *Cours de droit comm.*, II, p. 73 ; Rodière, *op. cit.*, I, p 272 ; Carré et Chauveau, *op. cit.*, quest. 522 ; Favard, *Répert.*, v° *Jugement*, sect. I, § 2, n. 4 ; Bioche, *op.* et v° *cit.*, n. 74 ; Vincens, *Législ. comm*, II, p. 13 ; Nouguier, *Des trib. de comm.*, III, p. 117 ; Massé, *Dr. comm.*, IV, p. 54, n. 2143-2144 ; Aubry et Rau, IV, p. 164, note 28 ; Larombière, IV, p. 149 (art. 1244, n. 22) ; Laurent,

1502. Nous devons signaler également l'exception qu'on trouve dans l'art. 26 du *Décret sur les sociétés de crédit foncier,* du 28 février 1852 : « Les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le paiement des annuités » (dues au crédit foncier) [1]. S'il n'en avait pas été ainsi, la société n'aurait pas pu fonctionner convenablement [2].

V. *Lieu et frais du paiement.*

A. *Du lieu du paiement.*

1503. La question de savoir où le paiement doit être fait est réglée par l'art. **1247**, ainsi conçu : « *Le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le paiement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet. Hors ces deux cas, le paiement doit être fait au domicile du débiteur* » Art. **1247**. Il faut donc avant tout se référer, en ce qui concerne le lieu du paiement, à la convention des parties ; elle fait loi sur ce point comme sur les autres.

La convention qui fixe le lieu du paiement peut être expresse ou tacite.

A peine est-il besoin de dire que, lorsqu'elle est expresse, elle ne suppose nullement l'emploi de termes sacramentels.

La désignation d'un lieu de paiement peut, d'ailleurs, être

XVII, n. 577, al. 2. — Req., 20 déc. 1842, S., 43. 1. 223; D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 782. — *Contra :* Toullier, VI, n. 661; Zachariæ, § 319, note 15. — Colmar, 24 nov. 1806, S., 6. 2. 974. — Douai, 13 avril 1814, S. chr., IV, 2. 384, col. 2; D., *op. cit.*, v° *Jugement*, n. 449. — L'arrêt de la sect. civile, du 22 juin 1812, cité quelquefois dans ce dernier sens, s'exprime ainsi : « Attendu... que l'art. 157 du Code de commerce dispose que les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le paiement d'une lettre de change, et que la disposition de cet article a été appliquée aux billets à ordre par l'art. 187; qu'ainsi le jugement dénoncé a encore violé ces articles, en accordant un délai aux tireurs d'un billet à ordre; — que l'art. 1244 du Code civil ne peut être appliqué aux affaires commerciales, *puisqu'il existe une disposition absolument contraire dans le Code de commerce* ». S. chr., IV. 1. 131, col. 2. La portée de la première partie de cette dernière proposition est évidemment restreinte par ce qui suit, et, par conséquent, l'arrêt dont il s'agit ne fait qu'appliquer les dispositions des art. 157 et 187 C. com.

[1] S. *Lois ann.*, 3e série, 1852, p. 123; D. P., 52. 4. 105.

[2] Josseau, *Tr. de crédit foncier*, 3e édit., I, n. 1410.

faite au moyen d'une convention postérieure à celle d'où est résultée l'obligation qu'il s'agit d'exécuter.

1504. Notre article admet l'existence d'une convention tacite au cas où l'obligation a pour objet un corps certain et déterminé. Les parties sont présumées avoir voulu que le paiement, c'est-à-dire la livraison du corps certain, se fît au lieu où celui-ci se trouvait lors de la convention (1). Cette supposition est assez vraisemblable, car le débiteur aurait aggravé sa situation en prenant l'engagement de transporter la chose dans un autre lieu (2).

Cette disposition est, d'ailleurs, applicable alors même que la convention n'a pas été faite dans le lieu où se trouvait la chose.

Mais cette disposition est simplement une interprétation de la volonté des parties. Quand le législateur l'a écrite, il avait en vue le cas où l'objet de l'obligation est une chose qui, soit à raison de sa nature, soit à raison des circonstances, doit être considérée comme destinée à demeurer dans le lieu où le contrat est passé. Il en est ainsi la plupart du temps lorsque la chose est très pesante et difficilement transportable. Mais, si elle peut être aisément déplacée et si rien, d'autre part, ne suppose que les parties ont entendu la maintenir dans le même lieu jusqu'au paiement, il convient d'interpréter autrement la volonté des parties. Alors, en effet, on ne saurait admettre l'existence de la convention tacite prévue par le législateur, et il faut, par conséquent, décider que, d'après la commune intention des contractants, le paiement doit être fait au domicile du débiteur. Vous m'achetez un cheval, livrable dans un mois. Or, au moment du contrat, ce cheval se trouve sur le domaine où il réside habituellement. En l'absence d'une clause expresse contraire, la disposition dont il s'agit s'appliquera, car, suivant toute vraisemblance, nous entendons que le cheval soit dans le même lieu

(1) « Lorsque le lieu n'a pas été désigné, le créancier est *présumé* avoir voulu, s'il s'agit d'un corps certain et déterminé, qu'il lui fût livré dans le lieu où il était lors de l'obligation ». Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 267; Locré, XII, p. 368, n. 125. — V. Pothier, *Oblig.*, n. 548 (édit. Dupin, I, p. 320).

(2) Demolombe, XXVII, n. 276.

à l'époque de la livraison. Mais, si, lors de la vente, le cheval se trouve dans une localité où, à votre connaissance, il n'est que de passage, m'ayant servi à me transporter dans cette localité pour peu de temps et devant aussi me servir à regagner mon domicile, c'est au lieu de ce domicile que la livraison doit être faite (1).

1505. La convention, par hypothèse, porte que le paiement sera fait *au domicile du créancier*. S'agit-il du domicile que le créancier avait lors de la convention ou de celui qu'il aura lors du paiement, en supposant qu'il change de domicile? Il convient de rechercher quelle a été sur ce point l'intention des parties. Si on ne parvient pas à la découvrir, il faut décider que le paiement doit être fait au lieu du domicile que le créancier avait au moment du contrat. Il s'ensuit que, dans cette hypothèse, le débiteur peut exiger que le créancier élise domicile dans ce lieu pour y recevoir le paiement (2).

1506. Que le lieu du paiement soit fixé par une clause expresse ou par une clause tacite, le créancier peut, tout aussi bien que le débiteur, exiger que le paiement se fasse au lieu désigné. Une pareille clause, étant conventionnelle, fait, comme toute convention, la loi des parties. Art. **1134**.

Ainsi, lorsque, postérieurement au contrat, le débiteur a transporté dans un autre lieu le corps certain, objet de l'obligation, et qu'il a nécessité par là des frais d'enlèvement plus élevés, le créancier peut lui réclamer des dommages-intérêts à concurrence de tout ce qu'il n'aurait pas eu à dépenser, si la chose n'avait pas été déplacée (3).

1507. En l'absence de toute convention expresse ou tacite déterminant le lieu du paiement, il doit être fait au domicile

(1) Colmet de Santerre, V, n. 186 *bis;* Demolombe, XXVII, n. 278; Laurent, XVII, n. 599 *in fine;* Huc, VIII, n. 42, p. 65 *in fine*. — Il résulte bien de l'exemple donné par Pothier que telle était aussi, d'après lui, la portée de notre règle : « Si j'ai vendu à un marchand le vin de ma récolte, c'est dans ma grange, où est ce vin, que je dois en recevoir le paiement : il doit l'y envoyer chercher, le charger à ses dépens sur ses charrettes ; le lui devant livrer où il est, je ne suis point obligé de le déplacer, mais seulement de lui donner la clef de ma grange et de souffrir qu'il l'enlève ». *Oblig.*, n. 548.

(2) Demolombe, XXVII, n. 273.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 548, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 321); Demolombe, XXVII, n. 276 *in fine*.

du débiteur. C'est une application particulière du principe écrit en l'art. 1162 : dans le doute, la loi se prononce en faveur du débiteur [1]. Le créancier devra donc venir *quérir* (chercher) la chose due ; elle est *quérable ;* pour qu'elle fût *portable* au domicile du créancier, il faudrait que cela eût été convenu [2].

Ce qu'il faut bien remarquer, c'est que la disposition dont nous parlons maintenant exprime la volonté du législateur, et non pas celle des parties, et qu'elle suppose même que cette dernière volonté ne peut pas être connue [3].

1508. En supposant que le paiement doive être fait au domicile du débiteur et que celui-ci ait changé de domicile dans l'intervalle écoulé entre la convention et le paiement, à quel domicile le créancier devra-t-il s'adresser ? Au domicile ancien ou au domicile actuel ? Si l'on compare l'art. 1247 avec le passage de Pothier, d'où il a été manifestement extrait, on ne peut guère douter que ce ne soit au domicile actuel. Pothier dit que le paiement doit être fait « *ubi petitur* » [4] ; or, du temps de Pothier, comme aujourd'hui (art. 59 C. pr. civ.), c'était au domicile actuel du débiteur que la demande devait être formée, quand il ne payait pas. Donc, selon Pothier, le paiement doit être fait à ce domicile, et tel est certainement le sens de l'art. 1247. Mais, dit-on, par cela même que les parties ont gardé le silence, elles ont

[1] « Si l'objet de la dette est indéterminé, le débiteur peut invoquer la règle suivant laquelle, dans le silence du contrat ou dans le doute qu'il fait naître, il doit être interprété de la manière la moins onéreuse pour lui. Le paiement doit donc alors être fait à son domicile ». Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 267 ; Locré, XII, p. 368, n. 225. — V. aussi Jaubert, *Rapport au Tribunat*, Fenet, XII, p. 347 ; Locré, XIII, p. 1, n. 17, al. 3,

[2] D'après Pothier, qui, sur ce point, reproduisait l'opinion de Dumoulin (*De Usuris*, quest. 9), notre principe souffre une exception lorsque le débiteur et le créancier demeurent l'un près de l'autre, par exemple dans la même ville, et que la chose peut être portée sans frais chez le créancier. Le débiteur, en ce cas, devrait au créancier « cette déférence qui ne lui coûte rien ». Pothier, *Oblig.*, n. 549, al. 3. Il nous paraît évident qu'aujourd'hui, en présence des termes absolus de l'art. 1247, ce tempérament ne peut pas être admis. Demolombe, XXVII, n. 267 *in fine*.

[3] Demolombe, XXVII, n. 267 ; Laurent, XVII, n. 591 *in fine*.

[4] Pothier, *Oblig.*, n. 549 (édit. Dupin, I, p. 321). Pothier reproduisait la doctrine de Dumoulin, *De usuris*, quest. 9.

eu vraisemblablement en vue le domicile que le débiteur avait au moment du contrat, et on ne peut pas reconnaître au débiteur le droit de changer par sa seule volonté une des clauses de la convention. L'objection n'est pas fondée. Aux yeux du législateur, il n'y a point convention tacite dans l'hypothèse, et c'est précisément pour cela qu'il désigne lui-même le domicile du débiteur comme lieu du paiement. Il a voulu, en l'absence d'une convention, rendre la libération plus facile [1]. On objecte également que, si le changement de domicile du débiteur est opposable au créancier, il pourra lui occasionner des frais et que ce résultat serait injuste. Il faut répondre que le créancier aurait dû, quand il a traité, se prémunir contre cette éventualité en exigeant que le débiteur fît élection de domicile au lieu où il avait son domicile ordinaire au moment du contrat [2].

On ne saurait même admettre que si le changement de domicile du débiteur a été pour le créancier l'occasion de frais non prévus au moment du contrat, le créancier a droit à une indemnité. Ce que nous venons de dire démontre l'exactitude de notre proposition. Puisque le législateur a entendu, à défaut de convention, faire prévaloir l'intérêt du débiteur, celui-ci ne peut pas avoir à indemniser le créancier [3].

(1) Pothier, *op. cit.*, même numéro, al. 2.

(2) *Sic* Marcadé, IV, n. 702; Mourlon, II, n. 1351; Demolombe, XXVII, n. 270; Laurent, XVII, n. 592; Thiry, III, n. 52, p. 75; Huc, VIII, n. 42, p. 66. — Cpr. Aubry et Rau, IV, p. 162, note 15; Larombière, IV, p. 177 *in fine* (art. 1247, n. 8). — *Contra* Duranton, XII, n. 101; Zachariæ, § 319, note 11. — Le C. civ. arg. a tranché expressément la question dans le premier sens. V. son art. 747 *in fine*. Mais il ajoute : « Si le débiteur change de domicile, dans les cas où le lieu de son domicile a été désigné pour le paiement, le créancier pourra exiger celui-ci soit dans le lieu du premier domicile, soit dans celui du nouveau domicile du débiteur ». Art. 748. — L'art. 1651, qui dispose que le prix sera payé au lieu où doit se faire la délivrance, concerne seulement les ventes au comptant. Quant aux ventes à terme, c'est l'art. 1247 qui leur est applicable. — Besançon, 21 août 1890, D. P., 91. 2. 140. — *Sic* Toullier, VII, n. 92; Duranton, XVI, n. 331; Duvergier, I, n. 417; Marcadé, VI, art. 1650-1652, I; Demolombe, XXVII, n. 281; Aubry et Rau, IV, p. 396; Laurent, XXIV, n. 320; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 559; Huc, X, n. 163; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 495.

(3) *Sic* Demolombe, même numéro *in fine;* Laurent, *loc. cit.* — *Contra* Aubry et Rau et Larombière, *loc. cit.* — Cette dernière opinion a été consacrée par le C. civ. portugais, art. 744, § unique; par le C. civ. mexicain, art. 1523.

1509. C'est dans l'intérêt du débiteur, disons-nous, que le paiement doit être fait au domicile de celui-ci, quand la question n'a pas été réglée par la convention. Mais le créancier peut, néanmoins, invoquer lui aussi cette disposition de l'art. 1247. Quel que soit le motif de la situation que le législateur fait ici aux deux parties, elles y ont l'une et l'autre un droit acquis (1).

1510. Rien ne s'oppose à ce que le débiteur, postérieurement au contrat, renonce à l'avantage de payer à son domicile. Mais, toute renonciation étant de droit étroit, celle dont il s'agit ne doit être admise que s'il n'y a aucun doute sur son existence. Par exemple, s'il a été convenu entre les parties que le paiement serait fractionné, le simple fait par le débiteur d'avoir acquitté au domicile du créancier un ou même plusieurs termes échus ne le prive pas de la faculté de ne payer les autres termes qu'à son propre domicile (2).

A plus forte raison le débiteur peut-il, au moment même du contrat, ainsi qu'il résulte de nos précédentes explications, consentir à ce que le paiement soit fait ailleurs qu'à son domicile, notamment au domicile du créancier.

1511. Est, en conséquence, valable cette clause des polices des compagnies d'assurances aux termes de laquelle les primes sont déclarées *portables* et la déchéance encourue, si elles ne sont pas acquittées au bureau de l'agent de la compagnie, à l'échéance (3). Il en est ainsi alors même que cette stipulation est contenue dans une des clauses imprimées (4).

Mais une jurisprudence constante décide que, postérieurement au contrat, les primes peuvent, de *portables,* devenir

(1) Demolombe, XXVII, n. 268.

(2) Demolombe, XXVII, n. 271; Huc, VIII, n. 42 *in fine*, p. 66. — Bordeaux, 17 juill. 1846, S., 48. 2. 431. — Douai, 17 fév. 1879, *Jurispr. Douai*, 1879, p. 108. — Mais, si le créancier prétend que, d'après la convention, c'est à son domicile que le paiement doit être fait et si les expressions employées à ce sujet par les parties lors du contrat présentent de l'obscurité, cette circonstance que des termes échus ont été acquittés au domicile du créancier par le débiteur peut fournir aux juges un élément d'appréciation favorable à la prétention du créancier.

(3) Civ. cass., 10 août 1874, S., 75. 1. 25, D. P., 75. 1. 158; 2 août 1875, S., 76. 1. 31, D. P., 75. 1. 410; 29 juill. 1878, S., 79. 1. 29, D. P., 78. 1. 346; 1er déc. 1880, S., 81. 1. 252, D. P., 81. 1. 112. — Paris, 24 juill. 1882, D. P., 83. 2. 7.

(4) Civ. cass., 10 août 1874 et 2 août 1875, précités.

quérables lorsque la compagnie les a fait encaisser habituellement par ses agents collecteurs au domicile des assurés [1]. Dans ce cas, par conséquent, on se trouve revenir au droit commun. L'équité commande ce tempérament [2].

[1] V. les décisions citées dans notre t. I, 1re édit., n. 338, p. 317, note 1, 2e édit., n. 338, p. 343, note 3. — *Add* Paris, 5 mars 1873, S., 73. 2. 109, D. P., 74. 2. 104. — Civ. cass., 8 juin 1875, S., 75. 1. 423, D. P., 75. 1. 420. — Amiens, 23 mars 1876, S., 77. 2. 13. — Civ. cass., 26 avr. 1876, S., 77. 1. 30, D. P., 76. 1. 452. — Paris, 26 fév. 1878, sous Civ. cass., 30 août 1880, S., 81. 1. 125. — Req., 21 janv. 1879, S., 81. 1. 341, D. P., 80. 1. 464. — Paris, 24 juill. 1879, S., 79. 2. 255, D. P., 80. 2. 180. — Paris, 2 mars 1893, D. P., 93. 2. 256. — Mais le fait par la compagnie d'avoir encaissé les primes au domicile de certains assurés ne rend pas les primes *quérables* au regard des assurés pour lesquels ce fait ne s'est pas produit. Civ. cass., 4 nov. 1891, S., 91. 1. 532, D. P., 92. 1. 313.

[2] Aujourd'hui la plupart des compagnies d'assurances insèrent dans leurs polices que l'assuré déclare renoncer à se prévaloir de ce que la compagnie fait encaisser les primes à domicile. Cette clause a-t-elle une portée absolue? En d'autres termes s'oppose-t-elle, alors même que les agents de la compagnie viennent *habituellement* toucher les primes au domicile de l'assuré, à ce que les primes deviennent quérables? Par un arrêt du 12 mai 1862, la cour de Paris s'est prononcée pour la négative. Dans l'espèce, la police portait : « A défaut de paiement dans ce délai, l'effet de l'assurance est suspendu, sans qu'il soit besoin d'aucune demande ou mise en demeure, et l'assuré, en cas de sinistre, n'a droit à aucune indemnité. Le recouvrement des primes antérieures que la compagnie *aurait fait opérer officieusement au domicile des assurés,* ne peut lui être opposé comme une renonciation aux dispositions précédentes ». Or voici pour quelle raison la cour a estimé qu'il avait été dérogé à cette clause : « Considérant..... qu'une telle stipulation ne saurait être prise dans un sens absolu, comme laissant à la compagnie la faculté de déroger à la convention, dans son intérêt pour arriver plus sûrement à percevoir les primes et comme lui donnant en même temps le droit de décliner les conséquences de la dérogation, lorsque, au cas de sinistre, il y aurait lieu au paiement de l'indemnité; *qu'ainsi entendue la stipulation ferait sortir le contrat des conditions propres aux conventions synallagmatiques, et qu'elle pourrait donner lieu à des surprises contraires à cette bonne foi* dont les parties, dans l'espèce, ont fait par une déclaration spéciale et expresse la condition même de l'exécution de leurs conventions; — Qu'il est, dès lors, certain que la stipulation dont s'agit a une portée relative et restreinte; qu'elle s'entend uniquement des démarches accidentellement faites par la compagnie pour aller chercher les primes chez les assurés qui, par mauvaise volonté ou impuissance, s'acquittent difficilement; et, par suite, que *lorsqu'il s'agit, comme dans l'espèce, de démarches habituelles faites en conformité d'un usage dont la compagnie ne s'écarte jamais vis-à-vis des assurés dont la solvabilité et le bon vouloir sont connus et et ne sont pas contestés, la stipulation n'empêche pas que ces démarches qui fixent désormais pour l'assuré la règle de sa conduite, constituent une dérogation* qui, en cas de sinistre, ne permet plus à la compagnie d'exciper de la cause pénale établie au contrat primitif et de se refuser au paiement de l'indemnité ». 12 mai 1862, joint à Req., 10 juin 1863, S., 63. 1. 375, D. P., 63, 1. 407. — Ainsi, d'après la cour de Paris, la clause par laquelle la compagnie s'applique à empêcher qu'on

La cour suprême reconnait, d'ailleurs, aux juges du fait un pouvoir souverain d'appréciation pour décider s'il résulte

puisse tirer argument contre elle du recouvrement des primes *opéré officieusement* à domicile ne s'oppose pas à ce que les primes deviennent quérables par l'effet de l'*usage habituel* où se trouve la compagnie de les faire encaisser au domicile de l'assuré. — V. dans le même sens et sur une espèce identique, Bordeaux, 16 juin 1864, S., 64. 1. 232, D., *Supp. au Rép. alph.*, v° *Assurances terrestres*, n. 142. — L'arrêt précité de la cour de Paris a été déféré à la cour suprême. Mais la chambre des requêtes a rejeté le pourvoi, en se fondant sur ce qu'il s'agissait ici d'une question de fait et qu'il appartenait par conséquent aux juges du fond de trancher souverainement cette question. — Arrêt précité du 10 juin 1863. — Dans une autre décision du 18 juin 1868, la même cour d'appel, statuant sur une espèce analogue, a reproduit textuellement le passage précité de son arrêt du 12 mai 1862. V. S., 69. 2. 107, D. P., 68. 2. 184. — Cette nouvelle espèce présentait cette particularité que la clause de renonciation était conçue en termes sensiblement plus rigoureux que dans l'affaire précédente. Elle était, en effet, formulée ainsi : « Le recouvrement des primes que la compagnie aurait fait opérer au domicile des assurés, soit officieusement, soit *par suite d'un usage constant de l'agent*, ne peut lui être opposé comme une renonciation aux dispositions précédentes ». Néanmoins la cour de cassation, appelée à examiner ce nouvel arrêt, s'est prononcée exactement comme elle l'avait fait dans la première affaire. Civ. rej., 31 janvier 1872, S., 72. 1. 113, D. P., 73. 1. 86. — Mais, par une décision du 2 août 1883, la cour de Paris a interprété la clause en question dans le sens absolu. La police portait ceci : La déchéance du bénéfice de l'assurance est encourue par l'assuré « sans qu'il puisse se prévaloir de l'*usage* où est la compagnie de faire réclamer officieusement les primes par ses agents ni du défaut de mise en demeure pour le paiement de la prime ». Le jugement, qui émane du tribunal civil de Sainte-Menehould, constate « qu'à la vérité, comme toutes les autres compagnies d'assurances, la compagnie *le Phénix* a l'*habitude* de faire présenter les quittances de primes par ses agents au domicile des assurés ». Il constate aussi que ladite compagnie a toujours procédé ainsi à l'égard de l'assuré demandeur, et que ce dernier, se fondant sur cet usage, oppose la quérabilité des primes; mais le jugement rappelle ensuite les termes de la clause de renonciation et ajoute « que cette stipulation, évidemment permise, a été adoptée par la compagnie défenderesse précisément dans le but d'empêcher que l'on puisse entreprendre de faire tourner à son préjudice les facilités qu'il peut lui convenir d'accorder à ses assurés pour le paiement de leurs primes ; que, dès lors qu'un assuré a bien voulu, comme P..., s'y soumettre sans réserve, il s'ensuit qu'elle doit produire *tout son effet vis-à-vis de lui* » La cour d'appel a adopté les motifs des premiers juges. — Paris, 2 août 1883, S., 84. 2. 11, D. P., 85. 1. 422. — Ce troisième arrêt a été, lui aussi, déféré à la cour de cassation; mais la chambre des requêtes a rejeté le pourvoi en déclarant, dans ce cas encore, que l'arrêt attaqué s'était livré « à une interprétation souveraine des faits et de l'intention des parties » et qu'il résultait de ses constatations qu'il n'y avait pas eu dérogation à la stipulation précitée. Req., 16 décembre 1884, S., 85. 1. 121, D. P., 85. 1. 422. — La cour de Rouen a été appelée également à résoudre la question. La police portait : « ... On ne pourra *jamais* lui opposer (à la compagnie) le recouvrement antérieur à domicile comme renonciation aux dispositions qui précèdent », c'est-à-dire aux dispositions relatives à la portabilité des primes. Nonobstant cette formule énergique, la cour de Rouen, s'appropriant le raisonnement que nous avons

des agissements de la compagnie qu'elle a renoncé au béné-

trouvé dans l'arrêt de la cour de Paris du 12 mai 1862, a estimé qu'une telle stipulation ne pouvait « s'entendre que du recouvrement accidentel des primes dans certains cas exceptionnels *et non de l'usage permanent* substitué au régime des statuts par la compagnie ». — Rouen, 25 février 1880, S., 80. 2. 243, D. P., 81. 2. 27. — La question s'est présentée encore devant la cour de Poitiers. Cette fois, la clause de renonciation était simplement conçue comme dans l'espèce sur laquelle la cour de Paris a statué par son arrêt précité du 12 mai 1862. La cour de Poitiers a pensé que cette clause avait simplement une portée relative et a décidé qu'en fait il y avait eu dérogation à la stipulation de *portabilité*. — Poitiers, 16 nov. 1885, joint à Req., 20 déc. 1887, S., 88. 1. 56, D. P., 88. 1. 16. — Cet arrêt a été l'objet d'un pourvoi devant la cour suprême. Mais celle-ci, fidèle à sa jurisprudence antérieure, a déclaré de nouveau que les juges du fait avaient, dans la matière, un pouvoir souverain d'appréciation, et a refusé, en conséquence, de casser l'arrêt attaqué. Req., 20 déc. 1887, précité.

En résumé, il se dégage de l'analyse de la jurisprudence deux propositions importantes : 1° Quelque rigoureux que soient les termes de la clause par laquelle l'assuré déclare renoncer à se prévaloir du fait que la compagnie envoie ses agents encaisser les primes à domicile, ce fait peut présenter des caractères tels qu'il en résulte une dérogation à ladite clause. Cette remarque présente un grand intérêt, car, en général, les compagnies s'appliquent à aggraver de plus en plus pour les assurés la teneur de la stipulation dont il s'agit ; 2° Aux yeux de la Cour suprême, les décisions par lesquelles les juges du fond se prononcent sur le point de savoir s'il a été tacitement dérogé à cette stipulation, résolvent une pure question de fait, qu'elles donnent à cette clause une portée absolue ou une portée relative.

La chambre civile a rendu, il est vrai, sur pourvoi formé contre deux arrêts de la cour de Chambéry, l'un du 27 avril 1887, l'autre du 13 juin 1888, une décision où on lit : « Attendu... que la convention tacite (de *quérabilité*) peut résulter de ce que la compagnie a pris l'habitude de faire réclamer les primes par ses agents au domicile des assurés postérieurement aux échéances ; — Mais attendu que la dérogation au contrat résultant de cette habitude ne saurait être utilement invoquée, lorsque la police, précisément pour empêcher qu'elle puisse être opposée à la compagnie, déclare que l'assuré dont la prime est stipulée portable a expressément renoncé à se prévaloir de l'usage où est la compagnie de faire réclamer la prime au domicile des assurés, *et lorsque, d'ailleurs, l'assuré ne peut invoquer aucun fait qui lui soit personnel et qui soit de nature à constituer une dérogation à la clause de renonciation et aux autres clauses de la police qui s'y rattachent* ». Et la cour suprême constate un peu plus loin que les arrêts attaqués « reconnaissent... *l'absence de tous précédents personnels* » à l'assuré « relativement au paiement de la prime à son domicile ». Civ. cass., 4 nov. 1891, S., 91. 1. 532, D. P., 92. 1. 313. Il faut, selon nous, conclure de ces citations que la chambre civile, si la seconde des circonstances relevées par elle ne s'était pas rencontrée dans l'espèce, n'aurait point prononcé la cassation. V. la note de M. Poncet, sous l'arrêt précité du 4 novembre 1891, dans D. P., 92. 1. 314, col. 1 *in fine*.

Ainsi, d'après la cour suprême, l'arrêt attaqué, même quand il décide que le recouvrement *habituel* des primes à domicile n'a pas eu pour effet de déroger à la clause de renonciation (V. Req., 16 déc. 1884, précité), ne peut être censuré par elle, la question résolue ayant été tranchée souverainement par les juges du fait. Cette proposition nous paraît fort contestable. La cour de Paris, dans ses arrêts du

fice de la clause inscrite dans la police et si les primes sont devenues quérables [1].

B. *Des frais du paiement.*

1512. « *Les frais de paiement sont à la charge du débiteur* », dit l'art. **1248**. Ils comprennent les frais de délivrance et les frais de quittance. Ceux-ci, comme ceux-là, sont faits dans l'intérêt du débiteur. Les frais de délivrance lui procurent sa libération ; les frais de quittance, le moyen de la prouver. Il est donc juste que les uns et les autres soient supportés par lui.

L'art. **1248** s'applique aux frais de comptage, pesage mesurage et arpentage et, d'une façon générale, à tous les frais nécessités par la délivrance. Quand celle-ci doit être faite dans un lieu autre que le domicile du débiteur, les frais à faire pour que la chose se trouve dans ce lieu, tels que frais d'emballage, de chargement et de transport, incombent également au débiteur.

1513. Il ne faut pas confondre les frais de délivrance et les frais d'enlèvement. Les premiers seuls regardent le débiteur. Les autres, c'est-à-dire tous les frais nécessaires pour que la chose soit à l'endroit où il plaît au créancier de la transporter, sont à la charge de ce dernier. Cette distinction est formulée par l'art **1608** à propos de la vente, et on ne

12 mai 1862 et du 18 juin 1868, estime, on l'a vu, que la clause dont nous parlons ne saurait être prise dans un sens absolu, c'est-à-dire comme permettant à la compagnie, selon son intérêt, soit de déroger à la convention, soit de décliner les conséquences de la dérogation. Et la cour ajoute très justement : « *Ainsi entendue, la stipulation ferait sortir le contrat des conditions propres aux conventions synallagmatiques* ». La cour de Rouen, dans son arrêt du 25 février 1880, raisonne de même. Or c'est bien là, nous semble-t-il, une question de droit. Aussi, d'après nous, il y a lieu, pour la cour régulatrice, de casser la décision qui, tout en reconnaissant qu'en fait le recouvrement des primes a eu lieu habituellement au domicile de l'assuré, déclare que ce fait ne saurait déroger à la clause de renonciation, celle-ci portant que l'assuré ne pourra pas se prévaloir de l'*habitude* où est la compagnie de faire encaisser les primes à domicile. Dans ce cas, en effet, il ressort des constatations souverainement faites par les juges du fond qu'un principe de droit a été violé par eux, leur décision méconnaissant « les conditions propres des conventions synallagmatiques ».

[1] Req., 27 déc. 1887, S., 90. 1. 125, D. P., 88. 1. 384, et les arrêts de la cour suprême cités à la note précédente.

voit pas pourquoi elle ne serait pas admise en ce qui concerne les autres contrats commutatifs [1].

La *passe de sacs* rentre dans les frais d'enlèvement. « Le prélèvement qui sera fait par le débiteur, sous le nom de *passe de sacs*, en remboursement de l'avance faite par lui des sacs contenant les espèces qu'il donne en paiement, dit l'art. 1er du décret du 1er juillet 1809, ne pourra avoir lieu, à compter de la publication du présent décret, que dans les cas et au taux exprimés dans les articles suivants ». Et l'art. 2, al. 1er, ajoute : « Dans les paiements en pièces d'argent de sommes de 500 francs et au-dessus, le débiteur est tenu de fournir le sac et la ficelle » [2]. Enfin on lit dans l'art. 3 : « La valeur des sacs sera payée par celui qui reçoit, ou la retenue en sera exercée par celui qui paie, sur le pied de quinze centimes par sac » [3]. Ainsi, tout ce qui résulte de l'ensemble de ces textes, c'est que, pour la dépense dont nous parlons, le débiteur se trouve dans la nécessité de faire une avance ; mais le créancier est obligé de le rembourser, de sorte qu'en définitive il supporte la *passe de sacs*, comme les autres frais d'enlèvement [4].

Les droits de circulation, de transit, d'octroi, d'entrée incombent à l'acheteur, bien que, par rapport à la chose qui en est grevée, il soit créancier. D'abord, la plupart du temps au moins, ces droits ont le caractère de frais d'enlèvement. Mais, dans tous les cas, ils constituent des impôts de consommation, c'est-à-dire des impôts qui, dans les conditions normales, atteignent le consommateur. Or, dans notre hypothèse, le consommateur, c'est l'acheteur [5].

(1) Demolombe, XXVII, n. 289.

(2) V. Sirey, *Lois ann.*, 1789 à 1830, p. 800, col. 2. — « Les sacs seront d'une dimension à contenir au moins 1.000 francs chacun, ils seront en bon état et faits avec la toile propre à cet usage ». Art. 2, al. 2.

(3) Le prix des sacs a été réduit à dix centimes par un décret du 17 nov. 1852.

(4) « Le mode de paiement en sacs et au poids ne prive pas celui qui reçoit de la faculté d'ouvrir les sacs, de vérifier et de compter les espèces en présence du payeur ». Art. 4.

(5) Toullier, VII, n. 96 ; Duranton, XII, n. 106 ; Larombière, IV, p. 183 (art. 1248, n. 2, al. 3) ; Demolombe, XXVII, n. 293 ; Huc, VIII, n. 43, p. 67. — Cependant, selon Pothier, « celui qui a vendu du vin, doit payer au bureau des aides le congé nécessaire pour le livrer ». *Oblig.*, n. 550 (édit. Dupin, I, p. 322). Mais, aujourd'hui, cette opinion ne compte aucun partisan.

1514. Quant à la quittance, l'art. 1248 est applicable, qu'elle soit faite sous seing privé ou qu'elle soit passée devant notaire. Le débiteur devra donc supporter, dans le premier cas, le coût du papier timbré, et, dans le second, les frais d'acte notarié.

Observons toutefois que lorsque la quittance est dressée par un notaire, celui-ci, étant réputé l'avoir rédigée sur la demande du créancier et du débiteur, a une action solidaire contre eux. Le créancier pourra donc être obligé de payer les frais de quittance ; mais, si cela lui arrive, il aura un recours contre le débiteur ([1]).

Il est une hypothèse où la question peut sembler délicate : le débiteur déclare qu'il se contentera d'une quittance sous seing privé, ou même que, pour éviter des frais, il tient à ce que la quittance ne soit pas notariée ; mais, comme le créancier ne sait ni écrire ni signer, les parties sont obligées d'aller devant notaire. Faut-il décider que, même alors, les frais de quittance sont à la charge du débiteur ? Ne doit-on pas, du moins, faire supporter ces frais par le créancier dans la mesure où ils excèdent le coût d'une quittance sous seing privé ? Si le créancier est illettré, ce fait ne peut évidemment pas être imputé à faute au débiteur ! Nous estimons cependant que, même dans cette hypothèse, les frais de quittance incombent dans leur intégralité à ce dernier. L'art. 1248 ne distingue pas, et il n'avait pas à distinguer, car la quittance est toujours dressée dans l'intérêt du débiteur ([2]).

([1]) Colmet de Santerre, V, n. 187 *bis*. — La règle de l'art. 1248 étant générale, s'applique notamment au cas d'adjudication sur saisie immobilière, et, par conséquent, l'adjudicataire doit supporter soit le coût des quittances que les créanciers colloqués doivent fournir en touchant le montant de leur collocation, soit le coût de la quittance que la partie saisie doit délivrer en recevant la partie du prix qui reste libre après le paiement des créances inscrites : ... « Si les quittances sont un préliminaire de la radiation, les frais qu'elles entraînent diffèrent cependant de ceux de la radiation elle-même ;... les quittances profitent directement à l'adjudicataire dont elles constatent la libération, et ne sont que la conséquence de son obligation de payer le prix ;... en achetant sur saisie, il a connu et tacitement accepté toutes les charges attachées à sa position ;... il est tenu dès lors de supporter les frais de quittances authentiques, dans le cas où les art. 772 s. C. pr. civ., feraient un devoir au conservateur des hypothèques d'exiger la production de ces pièces ». Besançon, 17 décembre 1852, S., 54. 2. 110.

([2]) *Sic* Demolombe, XXVII, n. 296 ; Larombière, IV, p. 182 (art. 1248, n. 2). —

C'est par application du principe posé dans l'art. 1248 que la loi du 23 août 1871, dans son art. 23, al. 3, met à la charge du débiteur le coût du timbre-quittance de 10 centimes établi par elle, dans ses art. 18 s. (1).

1515. La règle de l'art. 1248 n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent certainement y déroger en décidant que les frais de paiement seront supportés par le créancier (2). En sens inverse rien ne s'oppose à ce qu'elles conviennent que les frais d'enlèvement, qui, en principe, nous l'avons dit, regardent le créancier, soient à la charge du débiteur. Art. 1134.

§ II. *Du paiement avec subrogation.*

I. *Définition et caractères de la subrogation* (3).

1516. On distingue deux espèces de subrogation, la subrogation réelle et la subrogation personnelle.

La subrogation *réelle,* dont le législateur ne s'occupe pas ici, est celle par laquelle une chose est substituée juridiquement à une autre qu'elle vient remplacer, comme cela a lieu

Contra Toullier, VII, n. 95. — Jugé que lorsque le créancier, aveugle et sourd-muet, peut, malgré ces infirmités cumulées, « percevoir exactement les sommes placées entre ses mains, ainsi que la nature et la quotité des billets de banque et espèces monnayées qui lui sont remis... », et « tracer avec une netteté suffisante, non seulement sa signature, mais aussi les caractères d'une énonciation de quelque étendue », le débiteur n'a pas le droit de lui faire supporter les frais d'une quittance notariée. D'où cette conséquence que les offres par lui faites sous la condition restrictive que la quittance sera délivrée en cette forme et aux frais du créancier ne sont pas satisfactoires. Riom, 18 juin 1879, S., 79. 2. 253, D. P., 80. 2. 58. Mais la solution donnée par nous ci-dessus conduit à décider que, même si le créancier se trouvait, par suite de ses infirmités, hors d'état de fournir une quittance sous seing privé, les frais de la quittance notariée seraient à la charge du débiteur.

(1) Toutefois le créancier qui a délivré une quittance non revêtue de ce timbre « est tenu personnellement et sans recours, nonobstant toute stipulation contraire, du montant des droits, frais et amendes ». Art. 23, al. 3, suite. — Quand le débiteur a accepté une quittance sur papier libre, l'amende qui est encourue, s'il produit cette quittance en justice, doit être entièrement payée par lui. Merlin, *Rép.*, v° *Timbre,* n. 7; Toullier, VII, n. 24; Huc, VIII, n. 43, p. 67.

(2) Voir l'art. 1942 qui présume une pareille convention.

(3) V. sur cette matière Renusson, *Traité de la subrogation* (Paris, 1702); Mourlon, *Traité des subrogations personnelles* (Paris, 1848); Gauthier, *Traité de la subrogation des personnes* (Paris, 1853).

dans l'échange. Les effets de cette subrogation sont résumés dans la vieille maxime *subrogatum capit naturam subrogati.*

Le Code civil établit d'assez nombreux cas de subrogation réelle. V. notamment les art. 747 et 766 ; 1067 et 1069 ; 1407 ; 1434 et 1435 ; 1553 et 1559.

La subrogation *personnelle* (si nous prenons cette expression dans son sens le plus large), consiste dans la substitution juridique d'une personne à une autre, en vue de permettre à la première d'exercer dans son intérêt, tout ou partie des droits qui appartiennent à la seconde. Ainsi on dira que le cessionnaire d'un droit est subrogé au cédant, en ce sens qu'il est mis en son lieu et place pour l'exercice de ce droit.

Dans le paragraphe à l'étude duquel nous arrivons, le mot *subrogation* est pris dans un sens plus restreint. Une dette est payée par un tiers ou avec des deniers par lui fournis ; au moyen de la subrogation, ce tiers peut être mis au lieu et place du créancier et venir exercer tous les droits de celui-ci pour obtenir son remboursement.

Voilà une idée très superficielle de la subrogation dont le législateur s'occupe ici. Une espèce va nous permettre d'en acquérir une notion un peu plus approfondie, et nous serons ensuite à même d'en donner une définition.

Un créancier, dont la créance est bien garantie, par exemple par une bonne hypothèque, est sur le point d'exercer des poursuites rigoureuses contre son débiteur qui ne paie pas, quoique la dette soit échue. Un ami du débiteur serait tout disposé à faire les fonds nécessaires pour désintéresser le créancier ; mais il hésite, parce que le débiteur est peu solvable et qu'il craint de ne pas rentrer dans son avance. En effet, s'il paie directement le créancier au nom du débiteur, il aura contre celui-ci, pour se faire rembourser, l'action de mandat ou l'action de gestion d'affaires suivant les cas, et, s'il prête au débiteur les fonds nécessaires pour se libérer, il aura contre lui l'action née du prêt. Or ces diverses actions sont purement personnelles, et laissent par suite celui à qui elles appartiennent exposé aux risques de l'insolvabilité du débiteur. Il y a un moyen de rassurer le bailleur de fonds et de le déterminer à venir en aide au débiteur, c'est de le *subro-*

ger dans les droits du créancier. Une fois payé, ce dernier n'a plus besoin des garanties attachées à sa créance; elles pourront au contraire être fort utiles à celui dont les fonds ont servi à effectuer le paiement, pour assurer le remboursement de son avance. La loi permet de les lui transmettre au moyen de la subrogation, qui le mettra au lieu et place du créancier pour l'exercice des droits de celui-ci. Cette combinaison profite au débiteur, qui, sans elle, ne trouverait peut-être pas les fonds dont il a besoin pour se libérer et resterait ainsi exposé aux rigueurs du créancier; elle profite aussi à ce dernier, dont elle facilite le paiement; elle est avantageuse au subrogé lui-même, en ce sens qu'elle lui permet de faire un placement de fonds en toute sécurité; enfin elle ne nuit pas aux autres créanciers du débiteur, dont la situation reste après la subrogation ce qu'elle était avant, à cela près qu'un créancier a été substitué à un autre; mais que leur importe, puisque la créance n'est pas plus forte et que les garanties qui y sont attachées restent les mêmes? La subrogation profite donc à tout le monde et ne nuit à personne. Voilà sa raison d'être.

Nous pouvons maintenant donner une définition de la subrogation *hoc sensu*. La subrogation est une fiction juridique, par suite de laquelle une créance, payée avec des deniers fournis par un tiers et par conséquent éteinte par rapport au créancier, est réputée subsister avec tous ses accessoires au profit de ce tiers, afin d'assurer l'efficacité de son recours pour le remboursement des fonds qu'il a versés.

1517. L'origine de la subrogation remonte au droit romain. Dans des cas assez nombreux, on avait admis que le créancier devait céder ses actions à la personne qui le désintéressait, et que cette dernière, s'il refusait de remplir cette obligation, avait le droit de lui opposer l'exception *cedendarum actionum*. Et même, dans certains cas, les jurisconsultes avaient fait prévaloir une fiction qui consistait à tenir la cession pour réalisée (1). D'autre part, le droit romain accordait dans cer-

(1) Labbé, *Appendice XII* à l'*Explication historique des Instituts de Justinien*, par Ortolan (12e édit.), III, p. 896-903. — V. aussi Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, 2e édit., p. 742-745; p. 727, note 6; p. 728, note 1; p. 739, texte et note 5; p. 762-763.

tains cas la *successio in locum creditoris,* grâce à laquelle celui qui payait une créance garantie par une hypothèque, succédait à celle-ci ou peut-être simplement au rang du créancier. Elle supposait essentiellement que ce dernier n'avait plus besoin de ses droits. C'était là une ressemblance avec le bénéfice de cession d'actions. Mais, à la différence de celui-ci, la *successio in locum* se produisait de plein droit dans les cas où elle avait été admise, et elle ne constituait pas une succession aux droits et actions du créancier (1).

C'est de la fusion de la *successio in locum* et du bénéfice de cession d'actions qu'est sortie la subrogation. Mais, ainsi que l'a fait observer très justement M. Labbé : « Notre législateur, en assimilant et confondant les cas de cession d'actions nécessaire et les cas de *successio in locum*, a supprimé des nuances justifiables. Il a traité celui qui paie librement un créancier comme celui qui est forcé de le payer. Il met à la disposition de l'un aussi bien que de l'autre l'arsenal des droits principaux et accessoires du créancier désintéressé. Le subrogé n'en aura pas toujours besoin ; il s'en servira selon l'occasion. Parfois la mesure du juste sera dépasssée. Un créancier qui a obtenu et accepté, en contractant, une hypothèque spéciale primée par une hypothèque générale, pourra, selon notre droit, payer le créancier qui le précède, être subrogé à l'hypothèque générale et rejeter pour le tout la charge de la dette garantie par l'hypothèque générale sur d'autres biens que celui qui lui est spécialement affecté. D'autres créanciers en souffriront. La jurisprudence a de la peine à empêcher les conséquences excessives de ce procédé favorable à ceux qui ont des capitaux disponibles. Le droit romain, avec la *successio in locum,* ne comporte pas cette lutte et ce trouble apporté à des situations acquises » (2).

1518. Tous les auteurs admettent que la subrogation est une fiction ; mais il y a des divergences sur le point de savoir quelle est la nature et l'étendue de cette fiction. D'après la

(1) Labbé, *op. cit.*, III, p. 903-907. — V. aussi Girard, *op. cit.*, p. 762, texte et note 5, et p. 763, texte et notes 2, 3 et 4. — Cpr. Accarias, *Préc. de dr. com.*, 4e édit., I, n. 288, p. 748 *in fine*, et p. 749.

(2) Labbé, *op. cit.*, III, p. 907, note 1. — V. aussi Arntz, III, n. 178, p. 99.

définition que nous venons de donner, la fiction consiste à maintenir au profit du subrogé la créance elle-même, que ses fonds ont servi à éteindre, avec tous ses accessoires. Ainsi, par rapport au créancier qui reçoit son paiement, la créance est éteinte ; elle subsiste au contraire, ou plutôt *est réputée subsister* au profit du subrogé avec toutes ses garanties, telles que privilèges, hypothèques et cautionnements.

Cette manière d'envisager la subrogation a d'abord pour elle l'autorité de la tradition, ce qui est considérable dans une matière toute traditionnelle : « La créance ainsi acquittée est, *en faveur de celui qui est subrogé, réputée subsister,* avec tous les droits qui en dépendent », dit Pothier (1). D'autre part, les travaux préparatoires de la loi la confirment pleinement : « L'obligation, dit Bigot-Préameneu, est éteinte *à l'égard du créancier* par le paiement que lui fait une tierce personne subrogée dans ses droits, *sans que cette obligation soit éteinte à l'égard du débiteur* » (2). Jaubert, dans son rapport au Tribunat, est aussi affirmatif : « Si le créancier reçoit volontairement son paiement d'un tiers, il peut *transporter tous ses droits à ce tiers, avec tous les privilèges attachés à ces mêmes droits,* même la contrainte par corps, si la créance en était susceptible » (3). Enfin le tribun Mouricault s'est exprimé ainsi : « Il n'y a que le paiement pur et simple qui éteigne véritablement la dette ; le paiement avec subrogation la laisse *subsister* » (4). Enfin les textes fournissent à cette opinion un point d'appui plus solide encore : ils nous représentent en effet la subrogation comme faisant entrer le subrogé *dans les droits du créancier* (art. 874, 1249, 1250, al. 2), *dans ses droits et actions* (art. 1250, al. 1), *dans tous ses droits* (art. 2029). Or, dire que le subrogé acquiert *tous les droits du créancier,* n'est-ce pas dire qu'il acquiert la créance d'où dérivent ces droits ? Qu'est-ce en effet que la créance,

(1) *Oblig.*, n. 559 (édit. Dupin, I, 331). — V. aussi *Cout. d'Orléans, Introd. au titre XX*, n. 66 (même édit., X, p. 845).

(2) Fenet, XIII, p. 268 ; Locré, XII, p. 369, n. 127.

(3) Fenet, XIII, p. 348 ; Locré, XII, p. 468, n. 20.

(4) Fenet, XIII, p. 430, *in fine* ; Locré, XII, p. 570, n. 37.

sinon l'ensemble des droits qu'elle confère [1] ? Il faut donc rejeter l'opinion d'après laquelle la créance serait éteinte, même quant au subrogé, qui se trouverait investi seulement des accessoires de cette créance. Dans ce système, la fiction qui sert de base à la subrogation consisterait à maintenir au profit du subrogé, non la *créance* même, éteinte avec les fonds qu'il a fournis, mais seulement les *accessoires* de cette créance, privilèges, hypothèques, cautionnements ; ces accessoires seraient rattachés à la créance qui appartient au subrogé de son propre chef comme ayant payé le créancier ou comme ayant prêté les fonds destinés à le payer [2]. On invoque principalement en ce sens le texte de la loi, qui qualifie l'opération dont il s'agit du nom de PAIEMENT *avec subrogation*. Ce langage donne à entendre, dit-on, que la subrogation est une modalité du paiement, mais qu'il n'y en a pas moins un véritable paiement ; or le paiement éteint la créance ; donc celle-ci ne peut pas continuer à exister au profit du subrogé. — Sur le terrain de la logique, sans doute. Mais nous sommes ici sur le terrain de la fiction ; or la fiction contient toujours quelque chose de contraire à la réalité. Par rapport au créancier la créance est éteinte, voilà la réalité ; elle subsiste au profit du subrogé, voilà la fiction. Et d'ailleurs nos adversaires échappent-ils bien eux-mêmes au reproche qu'ils nous adressent ? Si la créance est éteinte par le paiement, ses accessoires doivent s'éteindre par voie de conséquence ; alors comment se fait-il qu'ils subsistent encore au profit du subrogé ? Est-il moins absurde d'investir celui-ci des accessoires d'une créance que l'on reconnaît éteinte que de l'investir de la créance elle-même [3] ?

(1) Riom, 17 janv. 1889, sous Civ. cass., 4 mars 1891, D. P., 91. 1. 313, et Civ. cass., 22 nov. 1893, D. P., 94. 1. 153.

(2) Cpr. Pau, 3 mars 1890, D. P., 91. 2. 117.

(3) *Sic* Mourlon, *op. cit.*, p. 6-14 et 48 ; Colmet de Santerre, V, n. 189 *bis*-I à V ; Aubry et Rau, IV, p. 168-169, texte et note 2 ; Larombière, IV, p. 213 (art. 1249, n. 25) ; Demolombe, XVII, n. 325-326 ; Laurent, XVII, n. 3-5 ; Arntz, III, n. 179 ; Vigié, II, n. 1542 *in fine ;* Huc, VIII, n. 47 ; Planiol, II, n. 504. — *Contra* Grappe, Consultation reproduite dans les *Quest. de dr. de Merlin*, v° *Subrogation*, § 1 ; Bugnet sur Pothier, II, p. 136 et 299 ; Marcadé, IV, n. 704 ; Daniel de Folleville, *Des caractères distinctifs du paiement avec subrogation.*

1519. Voici maintenant la différence pratique entre les deux systèmes qui viennent d'être exposés sommairement. D'après le premier, la créance payée étant réputée subsister au profit du subrogé, celui-ci est mis complètement au lieu et place du créancier, et peut exercer tous ses droits. Ce ne sont donc pas seulement les accessoires de la créance qui lui sont transmis (privilèges, hypothèques, cautionnements), mais aussi les droits inhérents au titre de la créance ou attachés à sa qualité. Ainsi le subrogé profitera du droit que conférait au créancier le titre exécutoire dont il était nanti [1], ou du bénéfice de la compétence commerciale, si elle était attachée à la créance à raison de sa nature; il pourra encore user de la contrainte par corps contre le débiteur, dans les cas exceptionnels où cette voie d'exécution rigoureuse appartenait au créancier. Il faudrait au contraire lui refuser ces divers avantages, si l'on admet le deuxième système, qui considère la créance comme éteinte même par rapport au subrogé et l'investit seulement des accessoires de la créance. Logiquement ce système conduirait même à refuser au subrogé le droit d'user du privilège qui appartenait au créancier; car le privilège est attaché à la qualité de la créance (art. 2095), et semble par suite ne pas pouvoir être transporté d'une créance à une autre.

1520. Si le système que nous venons de combattre donne à la subrogation des effets trop restreints, il en est un autre, à peu près abandonné aujourd'hui, qui lui donne des effets beaucoup trop étendus : c'est celui qui l'assimile à une cession de créance ou cession-transport [2]. Sans doute la subrogation présente une grande analogie avec la cession-transport, surtout quand elle est consentie par le créancier; mais le but de ces deux opérations est tout à fait différent. La cession de créance met en présence deux spéculateurs, dont chacun cherche à tirer le plus grand profit possible de son marché : l'un vend une créance, l'autre l'achète. Ce que le créancier touche du cessionnaire, il le reçoit comme prix de

[1] Limoges, 25 juil. 1887, D. P., 88. 2. 103.

[2] Delvincourt, II, n. 559; Toullier, VII, n. 119; Duvergier, *Vente*, II, n. 237. — Cpr. Championnière et Rigaud, *Tr. des dr. d'enreg.*, II, n. 1250.

vente; de son côté, le cessionnaire acquiert la créance, non par suite d'une fiction, mais par l'effet naturel et normal du contrat; car la créance n'a pas été payée, mais vendue, et, si le paiement éteint les créances, il n'en est pas de même de la vente. Au contraire, la subrogation a pour but de venir au secours du débiteur, en facilitant sa libération envers le créancier. Celui qui paie en se faisant consentir la subrogation ne spécule pas; il veut rendre service au débiteur; seulement il prend ses précautions pour n'être pas victime de son dévouement. Quant au créancier, il reçoit purement et simplement ce qui lui est dû, et il le reçoit à titre de paiement; aussi la créance est-elle éteinte par rapport à lui, et ce n'est qu'en vertu d'une fiction de droit qu'elle subsiste par rapport au subrogé. En deux mots, la cession de créance nous apparaît comme un acte de spéculation, tandis que la subrogation est l'auxiliaire d'un bienfait; elle facilite la réalisation d'une pensée généreuse, en garantissant au capitaliste, qui vient au secours d'un débiteur obéré, le remboursement de son avance.

1521. La nature de la subrogation est donc autre que celle de la cession de créance [1]. C'est à cette différence fondamentale que se rattachent la plupart des différences pratiques que l'on peut signaler entre ces deux opérations. Indiquons les principales :

1° Le cessionnaire d'une créance ne peut exercer que l'action du créancier qui lui a cédé ses droits. Au contraire le subrogé, outre l'action du créancier, qui lui est transmise par la subrogation, possède une action de son propre chef contre le débiteur, l'action de mandat, de gestion d'affaire ou celle née du prêt. Ces actions sont, il est vrai, dépourvues de toutes garanties particulières, ce sont des actions purement personnelles; à ce point de vue elles peuvent être moins avantageuses que l'action du créancier, qui est peut-être garantie par des privilèges, hypothèques ou cautionnements;

[1] Renusson, *op. cit.*, chap. II, n. 24 et 25. — Pour déterminer si la convention, par laquelle un créancier est désintéressé par un tiers, constitue un paiement avec subrogation ou une cession de créance, il faut, bien entendu, s'attacher plutôt à l'intention véritable de ce tiers qu'à la qualification donnée à la convention par les parties. Dijon, 18 janv. 1893, D. P., 94. 2. 405.

mais elles peuvent lui être préférables si le débiteur est solvable; car elles permettront dans tous les cas au bailleur de fonds de réclamer l'intérêt de son avance (art. 1372, 1375 et 2001), tandis qu'il peut se faire que l'action du créancier ne donne pas droit aux intérêts.

2° Le subrogé, qui est considéré comme un bienfaiteur et non comme un spéculateur, n'a jamais droit qu'au remboursement de son avance. Si donc il a obtenu du créancier quittance intégrale moyennant le versement d'une somme inférieure au montant de la créance, il ne pourra, soit par l'action qui lui appartient de son propre chef, soit par celle du créancier, qui lui appartient comme subrogé, réclamer au débiteur que la somme par lui déboursée. Au contraire, le cessionnaire, qui est un spéculateur, peut toujours exiger le montant intégral de la créance, quelque minime que soit le prix moyennant lequel il en a fait l'acquisition.

3° La cession de créance suppose nécessairement le consentement du créancier; la subrogation peut avoir lieu contre son gré.

4° Celui qui cède une créance est garant de son existence au temps du transport (art. 1693); car la cession de créance est une vente, et la garantie est de la nature de la vente. Si donc la créance cédée n'existe pas, c'est par une véritable action en garantie que le cessionnaire agira contre le cédant. — Au contraire, le créancier ne doit aucune garantie au tiers, dont il a reçu son paiement et qu'il a subrogé dans ses droits; car il n'est pas vendeur, et il ne saurait être tenu des obligations de celui qui vend : il reçoit purement et simplement ce qui lui est dû. — Est-ce à dire que le créancier, ou plutôt celui qui paraissait être tel, aura le doit de garder les fonds qu'il a reçus du subrogé, s'il est démontré que sa créance n'existe pas? Bien évidemment non; il devra les restituer, parce qu'il les a reçus indûment, mais c'est par l'action en répétition de l'indû et non par l'action en garantie, qu'ils peuvent lui être réclamés [1]. Il n'est pas indifférent de savoir si

[1] Pothier formule cette différence dans les termes suivants, qui en donneront un excellent résumé : La subrogation diffère du transport « en ce que le créancier, qui a subrogé à ses droits celui de qui il a reçu son dû, n'étant réputé vendre

c'est l'une ou l'autre action qui peut être exercée; car, par l'action en garantie, le cédant, même de bonne foi, est tenu : 1° de la bonification des intérêts; 2° de la restitution des frais et loyaux coûts du contrat; tandis que l'action en répétition de l'indû ne permettrait cette double réclamation contre le subrogeant qu'autant qu'il serait de mauvaise foi, le défendeur à cette action n'étant tenu que dans la mesure de ce dont il s'est enrichi, lorsqu'il est de bonne foi. Art. 1378 et 1380 (1).

5° Le transport d'une créance ne devient opposable aux tiers que par l'accomplissement de l'une des deux formalités prescrites par l'art. 1690 (notification du transport au débiteur ou acceptation du transport par le débiteur dans un acte authentique). Au contraire, le paiement avec subrogation est opposable aux tiers indépendamment de l'accomplissement de toute formalité particulière (2). Ainsi Paul me doit 10,000 fr.; je reçois le paiement de cette somme de Pierre, et je le subroge dans mes droits; la créance est donc éteinte par rapport à moi; malgré cela je la cède moyennant une certaine somme à Jean, qui ignore le fait du paiement et que je trompe par conséquent; Jean, cessionnaire, est un tiers par rapport à Pierre, subrogé. Lequel des deux sera préféré? S'il s'agissait de deux cessionnaires, la préférence appartiendrait à celui qui le premier aurait rempli l'une des deux formalités prescrites par l'art. 1690. Mais autre chose est la cession, autre chose la subrogation. La subrogation n'empêche pas qu'il y ait paiement et par suite extinction de la créance. C'est par une fiction de droit, établie exclusivement dans l'intérêt du subrogé et qui, par conséquent, ne peut pas être rétorquée contre lui, que la créance est censée lui avoir été cédée. Dans la réalité des choses, la créance est éteinte, et cela est vrai pour tous autres que le subrogé. C'est donc une créance éteinte qui a été cédée à Jean : d'où la conséquence que la cession est nulle.

et transporter sa créance que par une pure fiction qui ne doit pas lui préjudicier, il ne s'oblige à aucune garantie ». *Cout. d'Orléans*, introd. au titre XX, n. 67, al. 3 (édit. Dupin, X, p. 845).

(1) Cpr. Riom, 17 janv. 1889, précité.

(2) Poitiers, 18 déc. 1893, sous Civ. cass., 30 octobre 1895, S., 97. 1. 394.

6° Aux termes de l'art. 1252 : « *La subrogation... ne peut* » *nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce* » *cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par* » *préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel* ».

Ce texte nous révèle une différence importante entre la subrogation et la cession de créance. Le créancier qui, en recevant un paiement partiel d'un tiers, l'a subrogé dans ses droits, pourra exercer les privilèges, hypothèques et autres sûretés réelles attachées à la créance, par préférence au subrogé, pour le paiement de ce qui lui reste dû ; tandis que celui auquel une créance a été cédée partiellement exerce les droits attachés à cette créance concurremment avec le cédant, pour le paiement de la partie qui lui a été cédée. Soit une créance de 20.000 fr., garantie par une hypothèque ; le créancier reçoit d'un tiers, qu'il subroge dans ses droits, le paiement d'une somme de 10.000 fr. En supposant que l'exercice du droit hypothécaire attaché à la créance ne produise qu'une somme de 15.000 fr., le subrogeant se paiera sur cette somme de ce qui lui reste dû, par préférence au subrogé ; sur les 15.000 fr., le subrogeant prendra donc 10.000 fr., et il restera 5.000 fr. pour le subrogé, qui, pour le surplus, sera réduit à une action personnelle contre le débiteur. Si, dans la même hypothèse, on suppose que la créance ait été cédée pour la moitié, le cédant et le cessionnaire exerceront concurremment l'hypothèque attachée à la créance ; ils prendront donc chacun 7.500 fr. sur les 15.000 que produit l'hypothèque. Quelle est la raison de cette différence, qui est traditionnelle ? Il est équitable d'admettre, au cas de subrogation, l'existence d'une convention tacite par laquelle le subrogeant s'est réservé, à l'encontre du subrogé, un droit d'antériorité pour le paiement du reliquat de la créance : « La raison est, dit Pothier [1], que le créancier qui est payé des deniers d'un autre, n'est obligé de le subroger qu'autant que la subrogation ne pourra lui préjudicier ; et, par conséquent, en subrogeant aux hypothèques de sa créance, celui des deniers duquel il est payé en partie, *il est censé se réserver* une pré-

[1] *De l'hypothèque*, ch. II, sect. 3, 48e al. (édit. Dupin, VIII, p. 570).

férence pour ce qui lui reste dû ». La même idée apparaît très nettement dans l'ancienne maxime, qui exprimait la règle aujourd'hui consacrée par l'art. 1252, *Nemo contra se subrogasse censetur* (1). Au surplus, vu le sentiment qui l'a poussé à intervenir, il est vraisemblable que le subrogé a facilement admis la clause de priorité au profit du subrogeant (2). Le législateur a, d'ailleurs, pensé qu'il n'y avait pas de raison pour que le subrogeant ne fût pas dans une situation aussi avantageuse lorsque la subrogation est consentie par le débiteur ou imposée par la loi.

Comment supposer, au contraire, en cas de cession partielle d'une créance, que le cessionnaire a accepté de passer après le cédant? N'est-il pas un spéculateur?

II. *Des sources de la subrogation.*

1522. Déterminant les sources de la subrogation, l'art. 1249 s'exprime ainsi : « *La subrogation dans les droits du* » *créancier au profit d'une tierce personne qui le paie, est ou* » *conventionnelle ou légale* ». La subrogation conventionnelle est celle qui résulte de la volonté des parties ; la subrogation légale, celle qui est accordée de plein droit par la loi.

D'ailleurs, conventionnelle ou légale la subrogation produit les mêmes effets, et, par conséquent, il ne faut pas parler de deux espèces, mais bien de deux sources de subrogation.

La subrogation conventionnelle peut être consentie par le créancier ou par le débiteur.

A. *De la subrogation conventionnelle.*

1. *De la subrogation consentie par le créancier.*

1523. La première partie de l'art. 1250 indique les conditions auxquelles cette subrogation est soumise : « *Cette* » *subrogation est conventionnelle,* — 1° *Lorsque le créancier* » *recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans*

(1) Planiol, II, 543.

(2) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 270; Locré, XII, p. 371, n. 130.

» *ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débi-*
» *teur : cette subrogation doit être expresse et faite en même*
» *temps que le paiement* ».

Cela suppose que le créancier consent à être payé par le tiers. Celui-ci ne pourrait le contraindre à recevoir qu'un paiement pur et simple; il ne saurait lui imposer un paiement avec subrogation, car le créancier n'est nullement tenu de lui transmettre ses droits. Quant au débiteur, sa présence n'est point nécessaire.

Analysons les deux conditions de forme requises par la loi pour la validité de la subrogation qui nous occupe [1].

1524. *a*. La subrogation doit être *expresse*. C'est, qu'en effet, le paiement, en principe, éteint la dette avec tous ses accessoires. La subrogation ne se produit que par exception. Peu importe d'ailleurs les termes employés, pourvu qu'ils ne laissent aucun doute sur la volonté des parties; car notre droit actuel ne connaît plus les formules sacramentelles. Il n'est pas même nécessaire d'employer le mot *subrogation*. Et toutefois c'est le plus prudent, parce que ce mot a un sens propre qui ne permet aucune méprise, tandis qu'il n'en sera pas toujours ainsi des périphrases par lesquelles on pourrait tenter de le remplacer.

1525. *b*. La subrogation doit être *faite en même temps que le paiement*. En effet un paiement pur et simple éteindrait la créance avec tous ses accessoires, et il ne pourrait plus être question de les faire revivre par une subrogation ultérieure, ne laisserait-on entre le paiement et la subrogation qu'un intervalle très court [2].

Rien ne paraît, d'ailleurs, s'opposer à ce que la subrogation soit consentie avant le paiement et en vue de celui-ci.

Aucune autre condition de forme n'est requise [3]. Ainsi la subrogation dont il s'agit peut être consentie par acte sous

[1] Les formalités auxquelles la première partie de l'art. 1250 subordonne la subrogation conventionnelle sont de rigueur, alors même qu'il serait difficile, à raison du grand nombre de créanciers, de les réaliser. Civ. cass., 5 juin 1896 (sol. implic.), D. P., 96. 1. 468.

[2] Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 268; Locré, XII, p. 369, n. 128. — Rouen, 29 juill. 1871, D. P., 73. 1. 366.

[3] Civ. cass., 26 avril 1899, D. P., 99. 1. 377.

seing privé aussi bien que par acte authentique, et même par simple déclaration verbale (car la loi n'exige pas d'écrit), sauf en ce cas les difficultés de la preuve [1].

Il en résulte qu'on ne peut contester la validité de la subrogation sous prétexte que la quittance subrogatoire a été dressée après le paiement, s'il est établi que celui-ci avait été fait sous condition de subrogation. En effet, la subrogation est ici contemporaine du paiement, puisqu'elle résulte d'une convention verbale faite au moment du paiement. Il importe peu que cette convention n'ait pas été constatée par écrit immédiatement. A plus forte raison en serait-il de même s'il était établi que les fonds ont été remis au créancier à titre de dépôt provisoire jusqu'au moment de la rédaction de la quittance subrogatoire [2].

1526. Aux termes de l'art. 1250-1°, il y a subrogation conventionnelle « lorsque le créancier *recevant son paiement d'une tierce personne* la subroge dans ses droits, actions, etc... » La loi n'exige point que le tiers ait payé de ses deniers personnels. Peu importe qu'il ait emprunté ceux dont il s'est servi pour acquitter la dette. Pourvu que les deniers n'aient pas été fournis par le débiteur, la subrogation est valable. On n'a donc pas à rechercher leur origine [3].

Toutefois c'est avec raison que les juges déclareraient la subrogation nulle, si leur décision constatait que le paiement, fait en apparence par un tiers, l'a été, en réalité, des deniers du débiteur. En effet, lorsque c'est le débiteur qui paie, l'obligation est éteinte, et la subrogation ne peut pas avoir lieu. Ainsi le bailleur de fonds ne saurait, pour se prétendre subrogé par le créancier, se prévaloir de la clause par laquelle celui-ci a déclaré, dans la quittance par lui délivrée au débiteur, consentir à la subrogation, alors que le paiement a

(1) Mourlon, *op. cit.*, p. 238; Colmet de Santerre, V, n. 190 *bis*-II; Demolombe, XXVII, n. 377. — Cpr. Liège, 24 fév. 1887, D. P., 88. 2. 34.

(2) Duranton, XII, n. 116, p. 173; Mourlon, *op. cit.*, p. 221; Gauthier, *op. cit.*, n. 110 s.; Larombière, IV, p. 198 (art. 1250, n. 6); Demolombe, XXVII, n. 372; Arntz, III, n. 184 *in fine*; Huc, VIII, n. 58, p. 82; Planiol, II, n. 507 *in fine*. — Pau, 7 déc. 1891, D. P., 93. 2. 91. — Alger, 2 fév. 1899, *Rev. algér. et tunis.*, 1899, 309.

(3) Civ. cass., 26 avril 1899, précité.

été fait par le débiteur lui-même et que le bailleur de fonds n'a figuré ni en personne ni par mandataire à l'acte portant quittance (1).

1527. Ce n'est pas seulement le créancier en personne qui a qualité pour subroger, mais aussi, bien entendu, son mandataire général, qu'il soit légal ou conventionnel. Cette dernière proposition s'applique notamment au mari, au tuteur ou à l'envoyé en possession provisoire, administrateur des biens de sa femme, de son pupille ou de l'absent (2).

La question est discutée, au contraire, en ce qui concerne le mandataire spécial, chargé de recevoir le paiement, par exemple l'huissier qui a mandat de recouvrer la créance et, pour cela, de saisir au besoin les biens du débiteur. On fait observer que, dans notre cas, la subrogation suppose le consentement du créancier et que ce consentement n'a pu être donné par le mandataire, puisque celui-ci avait seulement pouvoir de procéder au recouvrement (3). Il est vrai. Mais, pour résoudre la question, il faut se placer aussi à un autre point de vue. Le créancier peut, sans doute, refuser d'accepter le paiement effectué sous la condition de la subrogation, et, dans ce cas, celle-ci peut être déclarée nulle. Mais, s'il ratifie la subrogation, par exemple en encaissant la somme reçue par l'huissier, elle est valable à l'égard de tous. Ainsi, en définitive, on peut dire que le mandataire spécial, notamment l'huissier, peut consentir une subrogation subordonnée à la ratification du créancier. Arg. art. 1998, al. 2 (4).

(1) Aubry et Rau, IV, p. 169-170, note 4; Larombière, IV, p. 200-201 (art. 1250, n. 7); Demolombe, XXVII, n. 358; Huc, VIII, n. 57, p. 80; Req., 19 avril 1831, S., 31. 1. 432, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1878. — Lyon, 22 décembre 1888, sous Civ. cass., 5 août 1891, D. P., 91. 1. 217.

(2) Mourlon, *op. cit.*, p. 14; Gauthier, *op. cit.*, n. 103; Aubry et Rau, IV, p. 170; Demolombe, XXVII, n. 348. — Riom, 10 juill. 1846, *Journ. du Pal.*, 46. 2. p. 427.

(3) Gauthier, *op. cit.*, n. 104 *bis*; Larombière, IV, p. 201 et 224 (art. 1250, n. 8 et 30). — Req., 2 août 1848, S., 48. 1. 695.

(4) Aubry et Rau, IV, p. 170; Demolombe, XXVII, n. 349-350; Laurent, XVIII, n. 22, p. 36-38; Huc, VIII, n. 56 *in fine*, p. 80. — Colmar, 21 déc. 1832, S., 33. 2 251, D., *Répert. alph.*, v° *Saisie-Exécution*, n. 57. — Nancy, 3 mai 1856, S., 56. 2. 327, D. P., 56. 2. 261. — Civ. rej., 7 avril 1858, S., 58. 1. 810, D. P., 58. 1. 156.

1528. Quant à la preuve, la subrogation dont nous parlons demeure soumise aux règles du droit commun [1].

Toutefois, ici, une question se pose : la quittance subrogatoire sous seing privé doit-elle, pour être opposable aux tiers, avoir acquis date certaine conformément à l'art. 1328? Oui, si nous supposons que le tiers est un cessionnaire de la créance, un second subrogé, pourvu soit d'un acte authentique, soit d'un acte sous seing privé ayant date certaine, ou un tiers, créancier du subrogeant, qui aurait pratiqué une saisie-arrêt entre les mains du débiteur. On admet généralement, sans doute, que les quittances sous seing privé sont opposables aux tiers, alors même qu'elles n'ont pas acquis date certaine; mais il ne s'ensuit point qu'on ait le droit de se prévaloir contre eux d'une quittance subrogatoire qui ne se trouve dans aucun des trois cas indiqués par l'art. 1328. Un pareil titre n'est pas une quittance ordinaire. Celui qui l'oppose ne prétend pas établir un simple paiement, mais un paiement avec subrogation. Voilà pourquoi il est nécessaire que la date soit certaine [2].

Mais, si la quittance est opposée au débiteur, à ses successeurs universels, ou, plus généralement, à une personne qui est personnellement ou hypothécairement tenue de la dette, l'art. 1328 ne saurait s'appliquer, car, en toute hypothèse, c'est-à-dire que la subrogation soit valable ou non, le débiteur est dans la nécessité de payer, et, par conséquent, il n'a

[1] C'est ainsi que la preuve ne peut être faite que par écrit lorsqu'il s'agit d'une somme supérieure à 150 fr. en matière civile. Liège, 24 fév. 1887, précité. — C'est ainsi encore que tous les modes de preuve sont admissibles en matière commerciale, s'agirait-il d'une somme supérieure à 150 fr., et que, par conséquent, en pareille matière, la preuve peut être faite, même à l'encontre des tiers, par témoins ou par présomptions. Colmet de Santerre, V, n. 190 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, p. 172; Demolombe, XXVII, n. 378; Laurent, XVIII, n. 33; Huc, VIII, n. 58, p. 82. — Req., 2 juin 1863, D. P., 63. 1. 337.

[2] *Sic* Duranton, XII, n. 331; Aubry et Rau, IV, p. 170 *in fine* et 171, texte et note 8; Laurent, XVIII, n. 32; Huc, VIII, n. 58, p. 82; Planiol, II, n. 510. — Civ. rej., 31 janv. 1843, S., 43. 1. 616. — *Contra* Demolombe, XXVII, n. 381. — Un arrêt de la cour de Dijon du 30 juil. 1897 s'est prononcé dans ce dernier sens; mais, en réalité, l'art. 1328 était inapplicable par le motif que les personnes, qui opposaient le défaut de date certaine, n'étaient pas des tiers. V. la note de M. Sarrut, sous Civ. rej., 10 janv. 1900, dans D. P., 1901. 1. 89, col. 2, et celle de M. Wahl, sous le même arrêt, dans S., 1901. 1. 34.

aucun intérêt à objecter que la quittance n'a pas acquis date certaine [1].

1529. Le créancier, pouvant refuser la subrogation, peut, à plus forte raison, en limiter les effets. Il est admis, par exemple, à ne la consentir que pour les privilèges et hypothèques, en l'écartant pour les cautionnements [2].

2. *De la subrogation consentie par le débiteur.*

1530. Le débiteur qui emprunte de l'argent pour payer sa dette et qui la paie effectivement avec les deniers empruntés, peut subroger le prêteur dans les droits du créancier.

Nous avons dit que la subrogation contient une cession fictive des droits du créancier, et par suite de sa créance au profit du subrogé. Cela étant, comment se fait-il que la subrogation puisse être consentie par le débiteur? C'est donc le débiteur qui va céder la créance! Est-ce possible? Sur le terrain des principes, il est difficile de justifier la subrogation qui nous occupe ; ce sont des raisons d'utilité pratique qui l'ont fait admettre. En effet, d'une part, cette subrogation peut être fort avantageuse pour le débiteur, en ce sens qu'elle lui permet de trouver plus facilement à emprunter des fonds pour se libérer; d'autre part, elle ne nuit pas au créancier, puisqu'il reçoit son paiement; elle ne nuit pas non plus aux autres créanciers du débiteur qui consent la subrogation, car il leur est indifférent que la créance continue à appartenir au même créancier ou qu'elle soit transmise à un autre. La subrogation dont il s'agit profite donc au débiteur et ne nuit à personne : voilà son unique raison d'être [3].

1531. Nous ne pouvons mieux mettre en relief les motifs qui militent en faveur de cette subrogation qu'en faisant connaître les circonstances qui ont amené sa consécration législative. On sait que, dans notre ancien droit, la constitution de rente était le moyen pratique employé pour réaliser le

[1] *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 170, texte et note 7; Laurent, XVIII, n. 32, al. 2. — Civ. cass., 8 août 1877, S., 78. 1. 120, D., *Supplém. au Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 755, en note.

[2] Aubry et Rau, IV, p. 170; Demolombe, XVII, n. 387.

[3] Colmet de Santerre, V, n. 191 *bis*-I et II; Demolombe, XXVII, n. 393; Laurent, XVIII, n. 38, p. 57.

prêt à intérêt, qui était défendu. Un édit de Charles IX, de 1576, avait fixé le taux des rentes au denier douze (1 pour 12 ou 8 1/3 pour 100). Par un édit de 1601, Henri IV abaissa ce taux au denier seize (1 pour 16 ou 6 1/4 pour 100). Les débiteurs de rentes constituées au denier douze eurent alors intérêt à emprunter de l'argent au nouveau taux, c'est-à-dire au denier seize, pour rembourser le capital de ces rentes : ils gagnaient ainsi la différence entre l'ancien taux et le nouveau, soit un peu plus de 2 pour 100. Mais les bailleurs de fonds demandaient des garanties. Le plus souvent, le débiteur n'en avait pas d'autres à leur offrir que celles qu'il avait déjà données au crédi-rentier qu'il s'agissait de rembourser, et la subrogation était nécessaire pour les leur transmettre; or, à cette époque, le créancier seul pouvait consentir la subrogation, et, dans l'espèce, il s'y refusait le plus souvent, parce qu'une fois remboursé du capital de la rente, il n'aurait plus trouvé le placement de ses fonds à un taux aussi avantageux. Cette résistance rendait donc l'emprunt et par suite le remboursement impossibles. Un seul moyen s'offrait de mettre les débiteurs à même de profiter de l'abaissement du taux des rentes, il fallait les autoriser à consentir eux-mêmes la subrogation : c'est précisément ce que fit l'édit de mai 1609. Cet édit ne visait expressément que les « débiteurs de rentes constituées ». On prétendit d'abord, en conséquence, qu'il ne concernait pas les autres débiteurs. Mais le parlement de Paris, par l'arrêt de règlement du 6 juillet 1690, qui reçut le nom d'*arrêté des subrogations*, décida qu'en attendant que le roi en eût autrement ordonné, la cour appliquerait « *dans toutes les occasions* » qui s'en présenteraient à elle, l'édit de 1609 (1). De plus, cet arrêt complète la réglementation des formes de la subrogation (2). Depuis lors, la subrogation

(1) La cour des aydes adopta la même résolution le 9 avril 1691. — V. *Journ. du Pal.*, II, p. 793.

(2) On lit dans cet arrêt, qui est la véritable source de l'art. 1250-2° : « Pour succéder et être subrogé aux actions, droits, il suffit que les deniers du nouveau créancier soient fournis au débiteur avec stipulation faite par acte passé pardevant notaires, qui précède le paiement ou qui soit de même date, que le débiteur emploiera les deniers au paiement de l'ancien créancier; que celui qui les prête, sera subrogé aux droits dudit ancien créancier; et que, dans la quittance ou dans l'acte

consentie par le débiteur a toujours conservé sa place dans notre droit.

1532. Les conditions de la subrogation consentie par le débiteur sont indiquées par l'art. 1250-2°, ainsi conçu : « *Cette » subrogation est conventionnelle...* — 2° *Lorsque le débi- » teur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de » subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour » que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la » quittance soient passés devant notaires ; que dans l'acte d'em- » prunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour » faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que » le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le » nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le con- » cours de la volonté du créancier* ».

Analysons les conditions légales. Il faut :

1° Que le prêt soit effectué sous la condition que l'emprunteur emploiera les fonds aux paiement de telle dette déterminée, et que cette condition soit mentionnée dans l'acte d'emprunt ;

2° Que le paiement soit fait avec les deniers empruntés, et que cela soit constaté par la quittance que le créancier délivre au moment du paiement. D'ailleurs la loi n'exige pas que le paiement soit fait immédiatement après l'emprunt ;

3° Que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire. Un acte sous seing privé enregistré ne suffirait donc pas [1]. On rencontre la fraude à chaque pas dans cette matière, et c'est principalement pour la prévenir que cette condition a été exigée.

En un mot, pour que la subrogation qui nous occupe s'opère, il faut et il suffit que l'acte d'emprunt et la quittance

qui en tiendra lieu, lesquels seront aussi passés pardevant notaires, il soit fait mention que le remboursement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier, sans qu'il soit besoin que la subrogation soit consentie par l'ancien créancier, ni par les autres débiteurs et cautions ou qu'elle soit ordonnée par justice ». *Journ. du Pal.*, II, p. 780.

[1] Mais il n'est point nécessaire que la procuration donnée par le débiteur à l'effet de consentir une subrogation soit authentique ; elle peut être constatée par un acte sous seing privé. — Civ. cass., 5 août 1891, S., 92. 1. 57, D. P., 92. 1. 217.

soient authentiques, que l'acte d'emprunt indique la destination des deniers, et la quittance leur origine [1].

1533. En pratique les deux déclarations dont parle l'art. 1250-2° seront généralement faites par l'emprunteur, c'est-à-dire par le débiteur subrogeant. Mais ce n'est point là une nécessité. La loi n'exige pas que ces déclarations émanent de l'une des parties plutôt que de l'autre. Il faut seulement qu'elles soient faites. Il n'y aurait donc pas cause de nullité si c'était le prêteur qui, dans l'acte d'emprunt, déclarât la destination des deniers empruntés, ou si c'était le créancier qui, dans l'acte de quittance, constatât l'origine de l'emploi de ces deniers [2].

1534. L'art. 1251-2° suppose que l'emprunt et le paiement sont faits séparément. Mais rien ne s'oppose à ce que ces deux opérations soient constatées par un seul et même acte notarié. Ce mode de procéder remplit même plus complètement le vœu de la loi et offre plus de sécurité pour le prêteur. D'ailleurs il serait frustratoire d'exiger que le notaire rédigeât deux actes pour constater des faits qui se passent simultanément en sa présence. La tradition est constante en ce sens [3].

1535. Il n'est point nécessaire d'insérer soit dans l'acte d'emprunt, soit dans la quittance, une déclaration expresse de subrogation, comme on l'exigeait dans l'ancien droit. Dans notre cas, la subrogation est consentie implicitement, en ce sens qu'elle résulte des deux mentions indiquées plus haut. C'est là une différence notable entre la subrogation consentie par le débiteur et celle qui est consentie par le créancier. On a vu, en effet, que, pour celle-ci, l'art. 1250-1° prescrit une déclaration *expresse* de subrogation [4].

1536. Le texte de l'art. 1250-2° n'exige point que les deux

[1] Req., 12 mars 1889, S. 89, 1. 176, D. P., 90. 1. 207; 15 mars 1897, S., 98. 1. 229, D. P., 97. 1. 364. — Alger, 4 avril 1900, *Revue algér. et tunis.*, 1900, 354.

[2] Gauthier, *op. cit.*, p. 182, n. 166; Demolombe, XXVII, n. 310; Laurent, XVIII, n. 49, p. 68. — Orléans, 14 août 1845, D. P., 46. 2. 72.

[3] Req., 15 mars 1897, précité.

[4] Duranton, XII, n. 133; Toullier, VII, n. 129; Larombière, IV, p. 277 (art. 1250, n. 66); Colmet de Santerre, V, n. 191 *bis*-VI; Aubry et Rau, IV, p. 179; Demolombe, XXVII, n. 413; Laurent, XVIII, n. 52; Planiol, II, n. 515, al. 2, p. 159.

actes notariés soient dressés, le premier au moment même où l'emprunt est fait, et le second au moment même où le paiement est effectué. Rien dans les termes de la loi ne permet de dire que le notaire doit attester qu'il a vu le prêteur remettre les deniers à l'emprunteur et qu'il a vu celui-ci les compter au créancier. L'emprunt peut donc être antérieur à l'acte qui constate son but, et le paiement peut l'être à l'acte qui contient la quittance et la déclaration d'emploi. La solution contraire, défendue cependant par d'éminents auteurs, ajoute arbitrairement aux exigences de la loi. Au surplus, elle y ajoute inutilement. Le système par nous combattu ne saurait, quoi qu'on dise, prévenir la subrogation qui n'a pas été convenue au moment de l'emprunt, ou qu'un paiement pur et simple a rendue impossible. Qui ne voit que, dans le premier cas, il suffira de montrer les deniers au notaire, ce qui sera facile, puisque, par hypothèse, le prêt est réel. Or, dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'on veut faire revivre la créance éteinte par le paiement, le même procédé s'offre au prétendu débiteur. L'ancien créancier, dont il faut supposer la complicité pour que la fraude soit possible, n'aura qu'à recevoir devant le notaire la somme qui lui a été déjà payée et à la restituer ensuite au prétendu débiteur, hors de la vue du notaire (1).

1537. L'acte notarié constatant le but de l'emprunt pourrait être, d'ailleurs, rédigé avant la réalisation de celui-ci. Par exemple, lorsque l'emprunt a lieu sous la forme d'une ouverture de crédit, il suffit que la convention d'ouverture de crédit soit constatée par acte notarié. Les versements ultérieurs de fonds peuvent donc être établis par des actes sous seing privé (2).

(1) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 191 *bis*-IX; Mourlon, *op. cit.*, p. 280 s.; Demolombe, XXVII, n. 415; Laurent, XVIII, n. 53-54; Huc, VIII, n. 64. — Req., 14 fév. 1865, S., 65. 1. 190, D. P., 65. 1. 254; 15 mars 1897, précité. — Angers, 7 juill. 1897, S., 1900. 2. 249, D. P., 1900. 2. 472. — *Contra* Aubry et Rau, IV, p. 178-179, texte et note 34; Massé et Vergé, sur Zachariæ, III, p. 434, § 563, note 9. — Orléans, 10 janv. 1850, S., 51. 2. 4, D. P., 51. 2. 124. — Rouen, 21 mai 1852, S., 53. 2. 160, D. P., 53. 2. 113. — Douai, 10 fév. 1853, S., 53. 2. 305.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 179; Demolombe, XXVII, n. 416. — Nîmes, 29 janv. 1861, S., 62. 2. 423. — Req., 28 avril 1863, S., 63. 1. 289, D. P., 63. 1. 329.

1538. Les trois conditions ci-dessus sont prescrites dans l'intérêt des tiers. Les parties entre lesquelles la subrogation a été convenue ne peuvent donc pas se prévaloir de leur absence pour demander la nullité de la subrogation [1].

1539. Mais ces trois conditions sont requises même en matière commerciale, non seulement les deux premières, qui sont de fond, mais aussi la troisième, qui est de pure forme [2].

1540. On lit à la fin de l'art. 1250 : « *Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier* ». Pour que la subrogation dont il s'agit atteignît son but, il fallait qu'il en fût ainsi.

Cependant la subrogation n'est possible que si le créancier reçoit le paiement. Il faut, en outre, qu'il délivre une quittance contenant la déclaration que le paiement a été fait des deniers empruntés. Or il se peut qu'il refuse de recevoir le paiement ou de laisser insérer cette déclaration dans la quittance. Le débiteur, pour vaincre sa résistance, devra faire des offres réelles et consigner [3]. Quant à la déclaration d'origine et d'emploi des deniers, elle est réglementée en ces termes par l'art. 12 de l'ordonnance du 13 juillet 1816 : « Dans le cas où les deniers consignés proviendraient d'un emprunt et qu'il y aurait lieu à opérer une subrogation en faveur du prêteur, il sera fait (dans la reconnaissance de consignation) mention expresse de la déclaration faite par le déposant, conformément à l'art. 1250 du Code civil, laquelle produira le même effet de subrogation, que si elle était passée devant notaire... ».

Le receveur de la caisse des dépôts et consignations a la qualité d'officier public. Il est donc naturel que la déclaration faite devant lui par le déposant ait le même caractère d'authenticité que si elle était faite devant notaire [4].

(1) Civ. cass., 11 janv. 1893, S., 94. 1. 12, D. P., 95 1. 179. — V. aussi la note de M. Garsonnet, sous Civ. cass., 5 août 1891, S., 92. 1. 57.

(2) V. cependant Alger, 23 fév. 1892, D. P., 93. 2. 544.

(3) Les offres réelles pourraient même être faites à la requête du prêteur de deniers. Aubry et Rau, IV, p. 180; Demolombe, XXVII, n. 430. — Req., 11 juillet 1843, S., 44. 1. 379.

(4) Lorsque le créancier accepte les offres réelles, le procès-verbal de réception dressé par l'huissier équivaut à l'acte notarié, s'il contient la déclaration de l'origine des deniers. Demolombe, XXVII, n. 429 *in fine*.

B. *De la subrogation légale.*

1541. La subrogation légale est celle qui s'opère de plein droit en vertu des seules dispositions de la loi.

Quatre cas de subrogation légale sont indiqués dans l'art. 1251, ainsi conçu : « *La subrogation a lieu de plein droit : — » 1° Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paie un » autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privi- » lèges ou hypothèques ; — 2° Au profit de l'acquéreur d'un » immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paie- » ment des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ; » — 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour » d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ; » — 4° Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses » deniers les dettes de la succession* ».

Dans l'interprétation de ce texte et, plus généralement, de ceux qui établissent des cas de subrogation de plein droit [1], il est un principe qu'il nous faut ne pas perdre de vue : la subrogation, avons-nous dit, est une fiction ; elle constitue donc, lorsqu'elle dérive de la loi, une fiction légale. C'est dire que les dispositions législatives qui l'établissent doivent être interprétées restrictivement [2].

Les divers cas énumérés par l'art. 1251 supposent tous que la personne qui a payé avait un intérêt à le faire. Voilà pourquoi le législateur a voulu faciliter le paiement en admettant la subrogation de plein droit. Mais il faut se garder d'en conclure que la subrogation légale doit être étendue à toute personne qui, étant intéressée à l'acquittement de la dette, exécute l'obligation. Le principe d'interprétation posé un peu plus haut s'y oppose. Remarquons à ce sujet que le Code civil japonais, à la différence de notre Code civil, emploie cette formule générale : « Toute personne qui a un intérêt légitime à payer est, par suite du paiement qu'elle fait,

[1] Nous citerons plus loin deux cas de subrogation légale qui ne figurent pas dans le Code civil. V. *infra*, n. 1564 et 1565.

[2] Aussi, quelque grande que soit l'analogie, la subrogation légale ne saurait être étendue à des cas autres que ceux prévus par les dispositions législatives. — V. application de ce principe dans Trib. Lyon, 4 juill. 1890, *Mon. judic. Lyon*, 30 juill. 1890.

subrogée de plein droit au créancier ». Art. 500 (1). Cette disposition est évidemment beaucoup plus compréhensive que celle de notre art. 1251.

Examinons successivement les divers cas établis par ce dernier texte :

1542. Premier cas. La subrogation a lieu de plein droit : « *au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paie un* » *autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privi-* » *lèges ou hypothèques* ». Ainsi le créancier hypothécaire, qui paie un créancier privilégié, est subrogé dans les droits de celui-ci; car le créancier privilégié est préférable au créancier hypothécaire. Art. 2095. De même, la subrogation a lieu au profit du créancier hypothécaire qui paie un autre créancier hypothécaire dont le rang est plus avantageux; elle a lieu également au profit d'un créancier chirographaire qui paie un créancier soit privilégié, soit hypothécaire (2).

Quel est le fondement de cette subrogation? Le paiement, fait dans les conditions dont il s'agit, sera souvent profitable, non seulement à celui dont il émane, mais aussi à la masse des créanciers et au débiteur lui-même; la loi devait donc l'encourager, puisqu'il profite à tous, et elle l'encourage en accordant la subrogation à celui qui le fait. Nous disons que ce paiement est profitable à tous. D'une part, en effet, il diminue le nombre des créanciers : ce qui augmente les chances d'arriver à une entente, à un ordre amiable entre ceux qui restent à payer. Au cas où il faudrait néanmoins en venir à un ordre judiciaire, les frais en seront diminués, car ils seront d'autant moindres qu'il y aura moins de créanciers en cause. D'autre part, le paiement sera souvent le seul moyen

(1) Traduc. Molono et Tomii, p. 121.

(2) *Sic* Delvincourt, II, p. 560; Toullier, VII, n. 140; Duranton, XII, n. 149 et 153; Troplong, *Des hypothèques*, I, n. 356; Mourlon, *op. cit.*, p. 356 et s ; Marcadé, IV, n. 711 ; Gauthier, *op. cit.*, n. 223; Larombière, IV, p. 319 (art. 1251, n. 5); Colmet de Santerre, V, n. 193 *bis*-III; Aubry et Rau, IV, p. 180, texte et note 45; Demolombe, XXVII, n. 458-459; Laurent, XVIII, n. 69; Vigié, II, n. 1554 *in fine;* Thiry, III, n. 58, p. 82 ; Huc, VIII, n. 67; Planiol, II, n. 521. — Douai, 29 nov. 1839, S., 40. 2. 214, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1904. — Caen, 26 nov. 1870, S., 71. 2. 163, D. P., 73. 2. 181. — Bordeaux, 3 mai 1887, *Journ. arr. de Bordeaux*, 1887, 418. — *Contra* Grenier, *Des hypothèques*, I, n. 91.

de se débarrasser d'un créancier intraitable, qui, étant sûr d'être payé parce qu'il occupe le premier rang, s'inquiète peu de savoir si les autres le seront aussi, et n'hésite pas à poursuivre la vente des biens du débiteur dans un temps inopportun, au risque de tout compromettre; tandis qu'en attendant un peu on aurait la chance de vendre dans des conditions meilleures et de réaliser une somme suffisante pour payer tout le monde.

1543. Aucune condition autre que celle du paiement à un créancier préférable en raison de ses privilèges ou hypothèques, n'est requise pour cette subrogation (1). Il est donc indifférent que le créancier qui a payé n'eût aucun intérêt légitime à écarter le créancier par lui désintéressé (2). Il est indifférent aussi qu'il n'eût pas le même débiteur que le créancier préférable (3). Nous croyons même, à raison de la généralité des termes de l'art. 1251-1°, et quoique cette question soit plus délicate, que la subrogation légale dont nous parlons a lieu alors même que le créancier préférable a consenti à recevoir un paiement partiel (4).

1544. Mais, par application du principe d'interprétation restrictive qui gouverne cette matière, on doit décider que la subrogation légale ne se produirait pas au profit du créancier qui aurait payé un autre créancier du même rang que lui ou d'un rang inférieur; la loi dit : « un autre créancier qui lui est *préférable* ». Renusson admettait la subrogation dans ce cas. Mais le législateur de 1804 ne l'a pas fait, et il n'appartient pas à l'interprète de compléter ou de réformer son œuvre (5).

(1) Civ. cass., 22 nov. 1893, D. P., 94. 1. 153.

(2) *Sic* Demolombe, XXVII, n. 455. — *Contra* Mourlon, *op. cit.*, p. 361-368.

(3) Larombière, IV, p. 323 (art. 1251, n. 8); Demolombe, XXVII, n. 457. — Le doute pourrait naître de la façon dont s'est exprimé Renusson. Le titre de son chap. IV est ainsi conçu : « Si le créancier, qui paie un autre créancier du *même* débiteur, est subrogé de plein droit ». Et, dans le n. 23 de ce chapitre, il semble bien admettre, en effet, la nécessité d'un *débiteur commun*.

(4) *Sic* Demolombe, XXVII, n. 473. — *Contra* Mourlon, *op. cit.*, p. 365. D'après ce dernier auteur, la question devrait être décidée, en fait, par les juges.

(5) Toullier, VII, n. 141; Duranton, XII, n. 152; Troplong, *Des hypothèques*, I, n. 357; Colmet de Santerre, V, n. 193 *bis*-II; Larombière, IV, p. 320 (art. 1251, n. 6); Aubry et Rau, IV, p. 181, note 47; Demolombe, XXVII, n. 460; Gauthier,

1545. Lorsqu'un vendeur, à défaut de paiement du prix, a demandé la résolution du contrat, un autre créancier de l'acquéreur ne saurait prétendre, en lui offrant de le payer, être subrogé dans son action résolutoire en vertu de l'art. 1251-1°. Hors des cas, en effet, où la subrogation est accordée de plein droit par la loi, le tiers qui intervient pour payer ne peut obtenir la subrogation qu'au moyen d'une convention. Or, nous ne sommes ici dans aucun des cas admis par l'art. 1251, pas plus dans celui du numéro 1° que dans les autres. La cour de cassation, dans deux arrêts qui adoptent cette solution, dit fort bien : « Que la disposition de l'art. 1251 C. civ., aux termes duquel la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges et hypothèques, suppose le concours de divers créanciers, ne différant entre eux que par leur rang ou ordre de préférence et dépourvus de tout intérêt à refuser leur paiement de tel ou de tel créancier auquel ils seraient préférables, plutôt que de la part du débiteur lui-même ; que cette disposition exclut ainsi l'idée d'un créancier prétendant se substituer, par sa seule volonté, à un autre créancier s'abstenant de toute cause de préférence et exerçant seulement un droit de résolution » (1).

1546. La subrogation n'aurait pas lieu non plus de plein droit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paierait un autre créancier qui lui est préférable à raison d'un droit d'antichrèse ; l'antichrésiste n'a, en cette qualité, ni privilège, ni hypothèque, mais seulement un droit de rétention ; il n'est donc pas préférable à celui qui le paie, *à raison de ses privilèges ou hypothèques,* comme l'exige l'art. 1251-1° (2).

op. cit., n. 221 s. ; Laurent, XVIII, n. 70 ; Thiry, III, n. 58, p. 82 ; Huc, VIII, n. 67 ; Planiol, II, n. 522.

(1) Civ. rej., 3 juill. 1854, S., 54. 1. 423, D. P., 54. 1. 247. — Civ. cass., 4 mars 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 400, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1901. 3. 40. — *Sic* Larombière, IV, p. 325 (art. 1251, n. 10) ; Demolombe, XXVII, n. 463 ; Laurent, XVIII, n. 76. — Alger, 15 juill. 1875, S., 75. 2. 249.

(2) *Sic* Mourlon, *op. cit.*, p. 358 ; Aubry et Rau, p. 181, texte et note 49 ; Larombière, IV, p. 324 (art. 1251, n. 9) ; Demolombe, XXVII, n. 466 ; Laurent, XVIII, n. 75 ; Huc, VIII, n. 67. — *Contra* Marcadé, IV, n. 711 ; Gauthier, *op. cit.*, n. 222 *bis ;* Planiol, II, p. 160, note 1.

Au contraire, le créancier gagiste a un privilège (art. 2102-2°), et, par conséquent, il ne faudrait pas lui appliquer ce que nous venons de dire de l'antichrésiste [1].

1547. Deuxième cas. La loi accorde en second lieu la subrogation à « *l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de* » *son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet* » *héritage était hypothéqué* » [2]. Supposons, pour éclaircir cette disposition, que j'aie acheté, moyennant 100.000 fr., un immeuble, qui est hypothéqué pour une créance de 60.000 fr. au profit de *Primus,* puis pour une créance de 40.000 fr. au profit de *Secundus,* et enfin pour une créance de 20.000 fr. au profit de *Tertius*. Je verse mon prix entre les mains des créanciers inscrits, suivant l'ordre des inscriptions, et, par suite, des préférences (art. 2134); je paie donc 60.000 fr. à *Primus,* premier inscrit, et 40.000 fr. à *Secundus,* qui vient au deuxième rang. Ce paiement me libère envers mon vendeur; car il tourne à son profit, puisqu'il s'agit de dettes dont il est tenu; en outre il me fait acquérir la subrogation dans les droits des créanciers que j'ai désintéressés. — Au premier abord, on ne voit pas trop à quoi sert cette subrogation; car la subrogation implique un recours dont elle a pour but d'assurer l'efficacité; or, en versant mon prix entre les mains des créanciers hypothécaires, je me suis libéré envers mon vendeur, et je n'ai de recours à exercer contre personne. On le voit d'autant moins qu'en définitive les hypothèques, que cette subrogation me fait acquérir, portent sur un immeuble dont je suis propriétaire : ce qui semble devoir en paralyser complètement l'efficacité. Effectivement ces hypothèques ne me serviront jamais à rien, si je demeure propriétaire incommutable de l'immeuble sur lequel elles portent. Mais il ne faut pas oublier que, dans l'espèce proposée, il y a un créancier inscrit qui n'a pas été payé, *Tertius*. Or il conserve la faculté, son hypothèque n'étant pas éteinte, et la vente faite à mon

[1] Aubry et Rau, IV, p. 181, texte et note 48; Demolombe, XXVII, n. 467; Laurent, XVIII, n. 73.

[2] L'adjudicataire sur saisie immobilière qui emploie tout ou partie de son prix à payer les créanciers hypothécaires, est subrogé de plein droit dans les hypothèques. — Req., 22 janv. 1877, D. P., 77. 1. 249.

profit ne lui étant pas opposable à raison de sa qualité de *tiers,* de poursuivre l'expropriation forcée de l'immeuble, en vue d'être colloqué à son rang sur le prix. Art. 2166. Supposons qu'il use de ce droit. C'est alors qu'apparaîtra l'utilité de la subrogation qni nous occupe. Par hypothèse, l'immeuble, vendu aux enchères sur les poursuites de *Tertius,* est adjugé à un nouvel acquéreur pour 105.000 fr. Sur cette somme, je commencerai d'abord par me faire rembourser les 100.000 fr. que j'ai payés à *Primus* et à *Secundus ;* je m'en ferai rembourser en exerçant leur hypothèque, dans laquelle je suis subrogé, de sorte que, si je perds mon immeuble, je ne perdrai pas du moins mon argent, et il me restera en outre un recours en garantie contre mon vendeur, pour le préjudice que l'éviction me cause. Ainsi *Tertius* ne touchera que ce qui restera une fois que j'aurai exercé, comme subrogé, les droits de *Primus* et de *Secundus.*

1548. Dans notre ancien droit, la subrogation au profit de l'acquéreur était certainement admise, mais, par suite de la controverse qui divisait sur ce point les interprètes du droit romain, certains de nos vieux auteurs décidaient que cette subrogation s'opérait de plein droit, dès que l'acquéreur payait son prix aux créanciers hypothécaires, et d'autres pensaient, au contraire, que l'acquéreur devait requérir la cession d'actions [1]. C'est avec raison que le législateur de 1804 s'est prononcé dans le premier sens. La nécessité d'une réquisition de cession d'actions n'eût été qu'une complication inutile.

Au reste, si, avant l'existence de la purge des hypothèques, ce cas de subrogation légale était indispensable, aujourd'hui il ne se rencontre plus guère en pratique. Les acquéreurs préfèrent purger, puisqu'ils peuvent ainsi effacer toutes les hypothèques, même celles des créanciers non payés.

1549. C'est au profit de l'acquéreur d'un immeuble que l'art. 1251-2° admet la subrogation légale. Celle-ci n'aurait

[1] V. Renusson, *op. cit.*, chap. V, n. 14 s.; Domat, *Lois civ.*, Ire part., liv. III, tit. I, sect. VI, n. 7 (édit. Rémy, II, p. 57); d'Olive, liv. IV, chap. XIV; Bretonnier, vo *Subrog.*, II, p. 281; Pothier, *Cout. d'Orléans, Introd.* au tit. XX, n. 73 (édit. Dupin, X, p. 847).

donc pas lieu au profit de l'acquéreur d'un meuble. D'ailleurs, les droits de ce dernier sont suffisamment protégés par la règle *En fait de meubles la possession vaut titre.*

D'autre part, si, dans notre texte, l'expression *immeuble* s'applique à la pleine propriété totale ou partielle d'un héritage, à la nue propriété ou à l'usufruit d'un pareil bien et, plus généralement, à tout droit réel immobilier qui est susceptible d'hypothèque (1), elle ne comprend ni les servitudes prédiales, ni les droits d'usage ou d'habitation, l'acquéreur de ces droits n'étant pas exposé directement aux poursuites des créanciers hypothécaires (2).

1550. Rien dans les termes de l'art. 1251-2° ne s'oppose à ce que la subrogation légale s'opère au profit de celui qui a acquis *a non domino*. Il suffit que cet acquéreur, si, du moins, nous supposons qu'il était de bonne foi (3), ait employé son prix à désintéresser les créanciers hypothécaires. Peu importe qu'il soit ensuite évincé, ou, plutôt, le fait même qu'il est évincé montre combien la subrogation a, quant à lui, raison d'être, car, dans ce cas, l'acquéreur est menacé de perdre à la fois l'immeuble et le prix.

On doit se prononcer de même quant à l'acquéreur qui a payé les créanciers hypothécaires, et dont le contrat vient à tomber par l'effet de l'annulation, de la résolution ou de la rescision. La loi s'exprime en termes généraux, et, par suite, peu importe la cause de l'éviction contre laquelle l'acquéreur a besoin d'être protégé (4).

1551. Bien que l'art. 1251-2° suppose que le prix d'acquisition a été employé à payer les créanciers auxquels l'héritage vendu était hypothéqué, la subrogation dont il parle aurait

(1) L'acquéreur d'un droit immobilier de fouille et d'extraction à perpétuité peut invoquer le bénéfice de l'art. 1251-2°. Civ. cass. (sol. impl.), 28 déc. 1853, S., 54. 1. 719, D. P., 54. 1. 10.

(2) *Sic* Demolombe, XXVII, n. 520-521; Gauthier, *op. cit.*, 359; Laurent, XVIII, n. 85, *in fine*; Huc, VIII, n. 70, p. 97. — *Contra :* Mourlon, *op. cit.*, p. 459.

(3) Mourlon, *op. cit.*, p. 391 s.; Aubry et Rau, IV, p. 183; Larombière, IV, p. 330 (art. 1251, n. 15); Demolombe, XXVII, n. 515. — Mais les auteurs suivants estiment qu'il y a subrogation même lorsque l'acquéreur est de mauvaise foi : Laurent, XVIII, n. 86 *in fine;* Huc, VIII, n. 70, p. 97.

(4) Larombière, IV, p. 330 (art. 1251, n. 15); Demolombe, XXVII, n. 516; Huc, VIII, n. 70, p. 97 *in fine.* — Req., 17 juill. 1861, D. P., 61. 1. 480.

lieu au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploierait son prix d'acquisition à payer les créanciers ayant privilège sur cet immeuble. En le décidant ainsi, nous n'étendons pas la disposition de l'art. 1251-2° au-delà de ses bornes, car le privilège n'est qu'une hypothèque privilégiée (1).

1552. La subrogation établie par l'art. 1251-2° n'est pas, selon nous, subordonnée à cette condition que l'acquéreur de l'immeuble ait payé directement son prix aux créanciers hypothécaires ou privilégiés. Ce serait ajouter à la rigueur de la loi de se prononcer en sens contraire. Le paiement peut être fait par l'intermédiaire du notaire ou du vendeur comme par celui de tout autre mandataire, pourvu qu'il soit prouvé que les fonds ne sont jamais entrés définitivement dans le patrimoine du vendeur et qu'ils lui ont été remis par l'acquéreur avec mandat de les distribuer aux créanciers inscrits (2).

De plus, et pour le même motif, l'existence, dans l'acte d'acquisition d'un immeuble, d'une clause imposant à l'acquéreur l'obligation de payer son prix aux créanciers inscrits sur cet immeuble, ne fait pas obstacle à la subrogation légale (3).

Enfin cette subrogation a lieu soit que l'acquéreur ait payé spontanément, soit qu'il ait payé sur poursuites.

Mais, du moins, la loi exige un paiement effectif, et, par conséquent, une simple promesse de paiement ne suffirait pas (4).

1553. L'acquéreur d'un immeuble, qui emploie son prix d'acquisition à payer les créanciers ayant un privilège ou une hypothèque, est subrogé non seulement à ce privilège ou

(1) Demolombe, XXVII, n. 525; Planiol, II, n. 523, p. 161.

(2) *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 183; Larombière, IV, p. 333 (art. 1251, n. 18); Demolombe, XXVII, n. 533-537; Laurent, XVIII, n. 92; Huc, VIII, n. 71, p. 99 *in fine*. — Req., 11 août 1852, S., 53. 1. 299, D. P., 54. 1. 318. — Agen, 7 mars 1887, S., 90. 2. 123, D. P., 88. 2. 17. — Trib. civ. Bordeaux, 20 mars 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 1. 186. — *Contra* Gauthier, *op. cit.*, n. 290; Mourlon, *op. cit.*, p. 385.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 183 *in fine;* Demolombe, XXVII, n. 538; Laurent, XVIII, n. 93; Huc, VIII, n. 71, p. 99. — Civ. cass., 7 nov. 1854, S., 54. 1. 715, D. P., 54. 1. 401.

(4) Gauthier, *op. cit.*, n. 290 *bis;* Larombière, IV, p. 332 (art. 1251, n. 17; Demolombe, XXVII, 530. — Sect. civ. rej., 14 juill. 1813, IV. 1. 397. — Caen, 8 juin 1847, *Journ. du Pal.*, 48. 1. 250.

à cette hypothèque, mais aussi aux autres sûretés attachées à la créance, notamment aux hypothèques que ces créanciers avaient sur d'autres immeubles. Les termes de la loi n'ont rien de restrictif (1).

1554. Supposons que l'acquéreur ait employé plus que son prix à désintéresser les créanciers hypothécaires. On se demande si, pour l'excédent, il peut invoquer le bénéfice de notre disposition. En réalité la question ne présente aucun intérêt pratique. C'est qu'en effet, si l'acquéreur n'est pas subrogé pour l'excédent en vertu du n. 2 de notre article, il l'est en vertu du n. 3 de ce même article, comme tiers détenteur. On est d'accord sur ce dernier point. Nous serons donc bref sur la question. La plupart des auteurs décident avec raison, d'après nous, que l'art. 1251-2° s'appliquerait pour la totalité de la somme payée. La loi, il est vrai, suppose que l'acquéreur a employé « le prix de son acquisition » au paiement des créanciers hypothécaires. Mais elle se borne à prévoir formellement le cas le plus ordinaire, et, au surplus, c'est bien en sa qualité d'acquéreur et pour échapper à l'éviction que le subrogé a payé l'excédent. On peut même dire qu'il doit d'autant plus être subrogé qu'il a été dans la nécessité de payer un prix supérieur à celui stipulé dans le contrat (2).

1555. Une question analogue se pose pour le donataire qui a désintéressé, avec ses deniers personnels, les créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble donné. Bien qu'en ce qui

(1) Delvincourt, II, p. 562; Toullier, VII, n. 145, note 2; Duranton, XII, n. 161; Grenier, *Des hypothèques*, II, n. 496; Mourlon, *op. cit.*, p. 388; Gauthier, *op. cit.*, n. 270; Troplong, *Des hypothèques*, I, n. 359; Colmet de Santerre, V, n. 195 *bis*-III; Larombière, IV, p. 341 (art. 1251, n. 25); Aubry et Rau, IV, p. 186, note 76; Demolombe, XXVII, n. 545-547; Arntz, III, n. 191, al. 2; Huc, VIII, n. 72; Thiry, III, n. 58, p. 83. — Civ. cass., 15 janv. 1833, S., 33. 1. 81. — Paris, 20 déc. 1834, S., 36. 2. 159, D., *Répert. alph.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1973. — Paris, 19 déc. 1835, S., 36. 2. 159. — Civ. cass., 21 déc. 1836, S., 37. 1. 54, D. P., 37. 1. 164. — Req., 15 avril 1844, S., 44. 1. 849, D., *op. cit.*, v° *Oblig.*, n. 1938. — Cass. belge, 13 mars 1863, *Belgique judiciaire*, XXI, p. 775. — Alger, 18 janv. 1868, S., 68. 2. 319. — Cpr. Req., 28 juin 1882, S., 82. 1. 447, D. P., 85. 5. 546. — Douai, 26 déc. 1884, sous Civ. cass., 28 déc. 1887, S., 88. 1. 205.

(2) *Sic* Duranton, XII, n. 157; Marcadé, IV, n. 711; Aubry et Rau, IV, p. 183; Larombière, IV, p. 344 (art. 1251, n. 27). — Colmet de Santerre, V, n. 194 *bis*-V; Demolombe, XXVII, n. 524; Huc, VIII, n. 71 *in fine*. — *Contra* Laurent, XVIII, n. 90. — V. Req., 9 janv. 1899, S., 99. 1. 309, D. P., 99. 1. 297.

le concerne, il ne puisse être question de prix d'acquisition, il a, comme l'acquéreur à titre onéreux, le bénéfice de la subrogation légale. Il est, en effet, dans la situation où se trouve ce dernier quand il a payé aux créanciers hypothécaires une somme supérieure au prix par lui dû. D'ailleurs le donataire peut également, comme l'acquéreur à titre onéreux, invoquer la disposition du n. 3 de l'art. 1251 (1).

1556. Troisième cas. La subrogation a lieu de plein droit « *au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'au-* » *tres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter* » (2).

A la différence du précédent, ce cas de subrogation légale, malgré les efforts de Dumoulin, n'avait pas été admis dans notre ancien droit. En l'introduisant dans notre législation par la disposition de l'art. 1251-3°, les auteurs du Code n'ont sans doute pas remarqué qu'il comprenait celui prévu par le numéro précédent et que ce numéro devenait ainsi sans objet. C'est l'explication la plus simple qui ait été donnée de ce pléonasme législatif.

1557. Par les mots *avec d'autres*, la loi vise le cas de plusieurs codébiteurs soit d'une obligation solidaire, soit d'une

(1) Duranton, XII, n. 157; Larombière, IV, p. 350 (art. 1251, n. 33); Aubry et Rau, IV, p. 183, texte et note 56. — Cpr. Laurent, XVIII, n. 91.

(2) Est subrogé conformément à l'art. 1251-3°, le commissionnaire qui, en cette qualité, a payé les droits afférents à la marchandise, pour le compte du propriétaire de celle-ci, après avoir pris personnellement, vis-à-vis de l'administration des douanes, la charge de ces droits. Il peut donc se prévaloir du privilège conféré à cette administration par les lois du 22 août 1791 et du 4 germinal an II. — Paris, 4 mai 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 51. — L'agent en douane, qui acquitte les droits dus par son client, est subrogé de plein droit en vertu de l'art. 1251-3° et doit être, par suite, privilégié en cas de faillite, et cela bien qu'il soit seul engagé responsable au regard de la douane. — Trib. com. de Marseille, 25 nov. 1899, *Rec. de Marseille*, 1900. 1. 51. — Le notaire condamné à payer pour un tiers une somme déterminée à valoir sur la dette de celui-ci, paye une dette dont il est tenu avec ce tiers et qu'il a intérêt à acquitter. Il est, en conséquence, en vertu de l'art. 1251-3°, subrogé dans les droits et actions du créancier contre ce tiers. Req., 13 fév. 1899, D. P., 99. 1. 246. — Mais le sous-entrepreneur, qui a payé les ouvriers par lui employés, n'est point subrogé soit à l'action qu'ils auraient pu, à défaut de paiement de leurs salaires, exercer contre l'entrepreneur principal, soit au privilège dont ils seraient admis, le cas échéant, à se prévaloir en vertu de la loi du 26 pluviôse an II. Le sous-entrepreneur, en effet, est seul obligé au paiement des salaires vis-à-vis desdits ouvriers. — Civ. rej., 12 fév. 1866, S., 66. 1. 94, D. P., 66. 1. 59. — *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 184; Demolombe, XXVII, n. 584; Laurent, XVIII, n. 102; Huc, VIII, n. 75, p. 104 *in fine*.

obligation indivisible (1), dont un seul paie la totalité de la dette; il est subrogé dans les droits du créancier. Cette subrogation assure l'efficacité du recours qui lui appartient contre ses codébiteurs (2).

Mais notre disposition est étrangère aux débiteurs conjoints d'une obligation divisible, car la dette se divise entre eux, et, par conséquent, chacun est tenu seulement pour soi (3). Elle ne s'applique pas davantage au mandataire qui acquitte de ses deniers les dettes de celui dont il administre les biens, car il n'est point tenu de payer ces dettes, et il n'a même aucun intérêt à ce paiement (4). Il en serait toutefois autrement s'il avait accepté le mandat de les acquitter de ses deniers personnels (5).

1558. Les mots *pour d'autres* font principalement allusion à la caution, qui est tenue, non pour son compte, mais pour celui du débiteur principal. Ils s'appliquent aussi au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, qui paie la dette dont l'immeuble est grevé (6) et au tiers qui a fourni une hypothèque ou un gage, sans s'obliger personnellement (7).

Enfin nous pensons qu'ils pourraient être également invoqués, soit par l'acquéreur d'un immeuble qui aurait payé aux créanciers inscrits sur cet immeuble une somme supérieure à son prix d'acquisition, soit par celui qui, ayant acquis un immeuble par donation ou par échange, aurait payé les dettes dont l'immeuble était grevé. Ces divers cas, qui, par suite du principe d'interprétation restrictive applicable en cette matière, ne devraient peut-être pas être considérés comme compris

(1) S'agirait-il simplement d'une obligation indivisible *solutione tantum*. Larombière, IV, n. 376 (art. 1251, n. 56); Aubry et Rau, IV, p. 184; Demolombe, XXVII, n. 589; Laurent, XVIII, n. 97.

(2) V. *supra*, n. 1257 s. et 1334 s.

(3) Toullier, IV, n. 149; Duranton, XII, n. 176; Aubry et Rau, IV, p. 184; Larombière, IV, p. 380 (art. 1251, n. 61); Demolombe, XXVII, n. 580.

(4) Demolombe, XXVII, n. 585.

(5) Demolombe, XXVII, n. 586.

(6) Colmet de Santerre, V, n. 195 *bis*-II; Aubry et Rau, IV, p. 184; Demolombe, XXVII, n. 565; Laurent, XVIII, n. 97; Huc, VIII, n. 74. — Douai, 26 déc. 1884, précité.

(7) Colmet de Santerre et Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, XXVII, n. 576-577.

dans la disposition du n. 2 de l'art. 1251, rentrent certainement dans celle du n. 3.

Mais la subrogation légale ne peut pas être invoquée par celui qui a payé une dette à laquelle il était étranger. Arg. art. 1236 (1).

1559. Quatrième cas. Enfin l'art. 1251 accorde la subrogation de plein droit à « *l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses » deniers les dettes de la succession* ». L'héritier bénéficiaire, étant appelé à profiter de l'excédent de l'actif de la succession sur le passif, a intérêt à ce qu'elle soit liquidée aux moindres frais possibles. C'est l'intérêt aussi des créanciers du défunt et des légataires, qui pourront n'obtenir qu'un paiement partiel si une partie de l'actif est dévorée en frais (2). Tout le monde est donc intéressé à une liquidation aussi économique, nous pouvons ajouter, et aussi prompte que possible, de l'hérédité. Or le paiement, que l'héritier bénéficiaire consent à faire de ses propres deniers pour le compte de la succession, concourt puissamment à ce double résultat. La loi devait donc favoriser ce paiement, et c'est ce qu'elle fait en accordant à l'héritier qui l'effectue la subrogation dans les droits du créancier, pour assurer l'efficacité de son recours contre la succession. Grâce à cette subrogation, l'héritier bénéficiaire qui ne connaît pas exactement les forces de la succession, paiera sans inquiétude de ses propres deniers les créanciers munis de sûretés suffisantes, car il aura l'assurance de rentrer dans ses fonds au cas où l'événement viendrait démontrer que le passif de l'hérédité est supérieur à son actif (3).

1560. La cour de cassation a décidé que la subrogation accordée par l'art. 1251-4° ne peut résulter que d'un paiement fait conformément aux prescriptions de la loi; qu'elle ne pourrait donc pas être invoquée par l'héritier bénéficiaire qui, en violation de l'art. 808, aurait fait un paiement au

(1) Civ. cass., 5 juin 1896, D. P., 96. 1. 468.

(2) Renusson, *op. cit.*, n. 76.

(3) Lebrun approuvait cette subrogation « comme très juste et très nécessaire pour l'encourager (l'héritier bénéficiaire) à démêler au plus vite les affaires de la succession ». *Des successions*, liv. III, chap. IV, n. 19. — *Adde* Renusson, *De la subrogation*, ch. VII, n. 76-77; Bretonnier, v° *Subrogation*, II, p. 282; Boucheul, *Cout. du Poitou*, art. 278, n. 67.

mépris d'une opposition [1]. L'exactitude de cette disposition nous inspire des doutes. D'abord l'art. 1251-4° n'exige nullement que l'héritier bénéficiaire ait fait un paiement régulier. Ensuite la subrogation ne causera ici aucun préjudice aux autres créanciers. En effet, elle ne confèrera à l'héritier bénéficiaire que les droits qui appartenaient au créancier désintéressé; de sorte que, si celui-ci était un créancier chirographaire, l'héritier bénéficiaire n'aura droit qu'au dividende que pourrait réclamer ce créancier s'il n'avait pas été payé; la subrogation n'aura nullement pour résultat, comme paraît le supposer la décision déférée à la cour suprême, de permettre à cet héritier de prélever sur la succession le montant de la somme par lui payée de ses deniers.

1561. La subrogation qui nous occupe n'appartiendrait pas au curateur à la succession vacante, qui aurait payé de ses propres deniers les dettes de la succession. La loi ne l'accorde qu'à l'héritier bénéficiaire, et nous savons que la disposition de l'art. 1251-4° ne comporte pas l'interprétation extensive. Au surplus, dans le cas dont nous parlons maintenant, le motif de cette disposition fait défaut. L'héritier bénéficiaire est un véritable héritier; il est propriétaire des biens laissés par le défunt. Du moment qu'il doit, une fois les dettes acquittées, profiter de l'actif de la succession, il a un grand intérêt à les payer de ses deniers, afin de liquider le plus tôt possible les affaires de la succession. La position du curateur à la succession vacante est bien différente. Il n'est pas autre chose qu'un administrateur pour le compte d'autrui. Tout ce qui lui importe, c'est de ne pas s'exposer à être déclaré responsable comme ayant mal exécuté son mandat. Or, évidemment, il n'a pas besoin, pour éviter ce danger, de payer de ses deniers personnels les dettes de sa succession [2].

(1) Req., 4 juill. 1892, S., 96. 1. 502, D. P., 92. 1. 481.

(2) *Sic* Mourlon, *op. cit.*, p. 476; Gauthier, *op. cit.*, n. 550; Aubry et Rau, IV, p. 184, note 65; Larombière, IV, p. 396 (art. 1251, n. 79); Demolombe, XXVII, n. 624; Laurent, XVIII, n. 107; Huc, VIII, n. 76 *in fine;* Planiol, II, n. 530, al. 2. — *Contra* Toullier, VII, n. 155; Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, II, n. 1272. — Cette dernière opinion était, en général, celle de nos anciens auteurs,

1562. D'ailleurs, dans l'art. 1251-4°, de même que dans l'art. 802, le mot *dettes* doit certainement être pris *lato sensu* et comme s'appliquant, non seulement aux dettes proprement dites, mais aussi aux charges de la succession, notamment aux legs et aux droits de mutation [1]. L'héritier, s'il acquitte ces charges, sera donc subrogé à l'hypothèque des légataires et au privilège que l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an VII confère au Trésor public.

1563. Mais, si le législateur accorde la subrogation légale à l'héritier bénéficiaire qui acquitte de ses deniers les dettes de la succession, c'est seulement, bien entendu, dans la mesure où celui-ci aurait pu être contraint de payer, sur les biens par lui recueillis, les dettes dont il s'agit. Et, par exemple, si l'héritier bénéficiaire n'est héritier que pour moitié et qu'il ait néanmoins désintéressé totalement, avec ses deniers, les créanciers de la succession, il ne sera subrogé que dans la limite de sa part héréditaire. Pour le surplus, qu'il n'était nullement obligé de payer, il est dans la même situation qu'un étranger auquel il aurait convenu d'intervenir pour le paiement [2].

1564. Aux quatre cas de subrogation légale établis par l'art. 1251, il y a lieu d'ajouter les suivants :

« Celui qui paie une lettre de change (ou un billet à ordre) par intervention est subrogé aux droits du porteur, et tenu des mêmes devoirs pour les formalités à remplir ». Art. 159, al. 2, et art. 187 C. com. Ce cas présente ceci de très remarquable que la subrogation y est accordée à une personne qui n'est point tenue elle-même de la dette et qui n'a aucun intérêt à l'acquittement de celle-ci. Il a été introduit pour faciliter le paiement des effets de commerce et, par

V. Renusson, *op. cit.*, chap. VII, n. 76-77; Argou, *Institution au dr. franç.*, liv. IV, chap. V (11e édit., II, p. 354); Duparc-Poulain, *Principes de dr. franç.*, VIII, p. 236, n. 95; Bretonnier, v° *Subrogation*, II, p. 283.

(1) Duranton, XII, n. 177; Aubry et Rau, IV, p. 185, note 66; Larombière, IV, p. 391 (art. 1251, n. 72); Demolombe, XXVII, n. 626; Laurent, XVIII, n. 108, al. 2; Thiry, III, n. 58, p. 84; Huc, VIII, n. 76, p. 106. — Bordeaux, 15 fév. 1849, S., 49. 2. 536. — Paris, 19 janv. 1854, S., 54. 2. 752.

(2) Duranton, XII, n. 179; Larombière, IV, p. 392 (art. 1251, n. 73); Demolombe, XXVII, n. 628; Laurent, XVIII, n. 108 *in fine*, p. 131.

conséquent, dans un intérêt de crédit public. Au surplus, on peut espérer que l'intervenant, à raison des bonnes relations qu'il a avec le signataire pour lequel il paie, sera disposé à temporiser quant au remboursement de la somme par lui avancée [1].

1565. D'après les art. 29 et 30 de la loi du 22 frimaire an VII, les officiers publics (notaires, huissiers, greffiers, etc.), dont il est question dans le premier de ces textes, sont subrogés légalement dans les droits et privilèges du Trésor, pour le remboursement des droits d'enregistrement dont ils ont dû faire l'avance.

1566. Aux termes de l'art. 53 de la loi du 11 brumaire an VII, sur le régime hypothécaire, le conservateur des hypothèques était subrogé de droit aux actions que les créanciers qu'il aurait été obligé de payer avaient contre le débiteur originaire. Aujourd'hui cette même solution découle de la disposition de l'art. 1251-3°. Le conservateur est, en effet, tenu *avec le débiteur* au paiement de la créance garantie par l'hypothèque inscrite [2].

III. *Effets de la subrogation.*

1567. Que la subrogation soit conventionnelle ou légale, le subrogé prend la place du créancier, relativement à la créance dont il a effectué le paiement; il peut donc exercer tous les droits et actions attachés à cette créance.

C'est ainsi que le subrogé se trouve investi de l'action en garantie ou en indemnité qui appartenait au créancier contre des tiers, à raison de la créance transmise par la subroga-

[1] Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, I, n. 1228 et *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 341, p. 243; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e édit., n. 1509, p. 783; Valabrègue, *Nouveau cours de dr. comm.*, n. 280, p. 353. — Cette subrogation donne-t-elle à l'intervenant le droit d'endosser la lettre de change? V. Lyon-Caen et Renault, *Tr. de droit comm.*, IV, n. 339 *bis*. — Peut-on, en présence de l'art. 159 C. comm., appliquer l'art. 1251-3° au profit de celui qui paie la lettre de change, étant tenu de la dette, mais sans que les formalités prescrites par l'art. 158 C. comm. aient été remplies? MM. Lyon-Caen et Renault se prononcent pour la négative. V. ces auteurs, *Précis de dr. comm.*, I, n. 1228, *Tr. de dr. comm.*, IV, n. 341.

[2] V. les autorités dans Dall., *Rép. alph.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 2999.

tion [1]. C'est ainsi encore que celle-ci comprend l'action résolutoire que le vendeur pouvait exercer pour défaut de paiement du prix [2]. La subrogation s'applique également à l'action paulienne qui appartient au créancier [3].

Aux termes de l'art. **1252** *in principio* : « *La subrogation* » *établie par les articles précédents a lieu tant contre les cau-* » *tions que contre les débiteurs* ». Cette proposition paraît inutile tant elle est évidente. Cependant quelques doutes s'étaient élevés dans notre ancien droit sur le point de savoir si le paiement avec subrogation éteignait l'obligation des cautions. Notre législateur a voulu les trancher.

1568. Nous savons toutefois, d'une part, que le subrogé ne peut exercer ces divers droits que dans la mesure de ce qu'il a déboursé pour la libération du débiteur [4]; d'autre part, que les effets de la subrogation conventionnelle peuvent être restreints par la volonté des parties [5].

Rappelons aussi que, lorsque la subrogation se produit au profit de celui qui était tenu avec d'autres au paiement de la dette, il ne peut, même comme subrogé, recourir contre ses coobligés que pour leur part contributoire dans la dette. V. art. **875**, **1213** et **1214**, **2033** [6].

1569. Nous avons déjà vu que la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a reçu qu'un paiement partiel. L'art. **1252** décide, en conséquence, que, dans ce cas, le créancier

(1) Aubry et Rau, IV, p. 185; Demolombe, XXVII, n. 640; Laurent, XVIII, n. 113. — Civ. cass., 9 déc. 1863, S., 64. 1. 177. — Orléans, 6 nov. 1891, D. P., 93 2. 33.

(2) Mourlon, *op. cit.*, p. 37 et 167; Aubry et Rau, IV, p. 186; Larombière, IV, p. 406 (art. 1252, n. 13); Aubry et Rau, IV, p. 186; Demolombe, XXVII, n. 641; Laurent, XVIII, n. 111 : Planiol, II, n. 536. — Grenoble, 5 janv. 1826, S. chr., VIII, II, 172, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1848-2°. — Bourges, 19 juin 1838, S., 53. 2. 481 en note; D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1848 3°. — Rouen, 15 mai 1852, S., 53. 2. 76, D. P., 54. 2. 97. — Paris, 30 juin 1853, S., 53. 2. 481, D. P., 54. 2. 108. — Grenoble, 13 mars 1858, S., 59. 2. 209, D. P., 58. 2. 177. — Alger, 15 juin 1875, D., *Suppl. au Rép. alph.*, v° *Oblig*, n. 783. — Req., 28 fév. 1894, S., 95. 1. 321 (note de M. Lacoste). — Civ. rej., 22 oct. 1894, S., *loc. cit.*, D. P., 96. 1. 585 (note de M. de Loynes).

(3) Req., 25 juin 1895, S., 99. 1. 491, D. P., 95. 1. 486.

(4) V. *supra*, n. 1521.

(5) V. *supra*, n. 1529.

(6) V. *supra*, n. 1258-1259.

peut, pour ce qui lui reste dû, exercer ses droits par préférence à celui dont émane le paiement [1]. Nous devons, maintenant, à ce sujet, examiner plusieurs questions.

1570. Le droit de préférence, accordé par l'art. 1252 au subrogeant sur le subrogé, n'a lieu que pour ce qui reste dû au créancier sur la créance dont il a reçu le paiement partiel avec subrogation au profit du bailleur de fonds, et non pour les autres créances qu'il peut avoir contre le même débiteur. Tout le monde est de cet avis [2].

1571. Supposons que la créance, dont un tiers a payé une partie, avec subrogation dans les droits du créancier, soit dépourvue de toutes garanties particulières : elle est purement chirographaire. Le créancier sera-t-il encore préféré au subrogé pour le paiement de ce qui lui reste dû? En d'autres termes, si l'on ne peut obtenir du débiteur qu'une somme inférieure au montant de la créance, cette somme servira-t-elle d'abord à désintéresser le créancier? L'affirmative semble résulter de l'art. 1252, qui dispose dans les termes les plus généraux que le créancier « peut exercer ses droits, » pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a » reçu qu'un paiement partiel ». Mais, hâtons-nous de dire qu'il n'y a rien de plus facile pour le subrogé que de se soustraire à cette injuste préférence : il lui suffit de faire abstraction de sa qualité de subrogé et de se présenter comme exerçant l'action qui lui appartient de son propre chef contre le débiteur, l'action de mandat ou de gestion d'affaire. En d'autres termes, le subrogé dira au créancier, dans les droits duquel il se trouve partiellement subrogé : « Ce n'est pas votre action que je viens exercer, celle qui m'a

[1] V. *supra*, n. 1521 *in fine*. — V. des applications du principe dans Civ. rej., 29 mai 1878, D. P., 78. 1. 427. — Civ. cass., 23 juill. 1883, D. P., 84. 1. 180.

[2] Toullier, VII, n. 169; Duranton, XII, n. 184; Rolland de Villargues, *Répert. du Not.*, v° *Subrogation*, n. 60; Troplong, *Cautionnement*, n. 368; Aubry et Rau, IV, p. 191, texte et note 90; Larombière, IV, p. 427 (art. 1252, n. 39); Demolombe, XXVII, n. 668; Laurent, XVIII, n. 136; Huc, VIII, n. 80 *in fine*, p. 112; Planiol, II, n. 545. — Req., 27 nov. 1832, S., 33. 1. 115, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1993. — Bourges, 21 déc. 1871, D. P., 72. 2. 171. — Trib. civ. Seine, 25 avril 1873, D. P., 74. 5. 464. — Bordeaux, 2 nov. 1887, *Journ. des arrêts de Bordeaux*, 88. 1. 28. — Paris, 27 avril 1888, D. P., 88. 2. 306. — Req., 12 mars 1889, S., 89. 1. 176, D. P., 90. 1. 207.

été transmise par la subrogation; c'est la mienne, celle qui m'appartient de mon chef; et, par suite, vous ne pouvez pas invoquer contre moi l'art. 1252. Nous sommes tous les deux créanciers d'un même débiteur, et, si nos créances ont des causes différentes, elles se ressemblent en ce que ni l'une ni l'autre n'est garantie par des sûretés particulières; vous n'avez donc à mon égard aucune cause de préférence, et nous devons être payés par concurrence aux termes de l'art. 2093 » (1).

1572. Un raisonnement analogue conduit à décider que, si la créance payée partiellement avec subrogation dans les droits du créancier, est garantie par un cautionnement, le créancier ne sera pas, pour le paiement de ce qui lui reste dû, préféré au subrogé sur ce qu'il est possible d'obtenir de la caution. Le subrogé dira au créancier : « Je laisse de côté ma qualité de subrogé, pour me présenter concurremment avec vous en usant des droits qui m'appartiennent de mon propre chef. L'action que je viens exercer, c'est l'action de mandat ou de gestion d'affaires ou l'action *de in rem verso*, que j'ai acquise contre la caution en faisant un paiement qui a tourné à sa décharge; par suite, vous ne pouvez pas vous prévaloir contre moi d'un droit de préférence, qui n'est accordé que contre le *subrogé* » (2).

1573. Le droit de préférence que la loi reconnaît au subrogeant contre le subrogé n'est point, selon nous, transmissible aux personnes qui viendraient ultérieurement payer d'autres portions de la créance et qui seraient elles-mêmes subrogées. Ce droit de préférence, en effet, s'explique par cette circonstance qu'une partie de la créance n'a pas été payée. Donc, s'il survient ensuite, quant à celle-ci, un paiement, fût-il accompagné d'une subrogation, le droit dont s'agit perd sa raison d'être et doit s'évanouir, car la subrogation n'empêche pas qu'il y ait paiement. Telle était l'opinion de Pothier (3) et,

(1) Cpr. Duranton, XII, n. 183; Marcadé, IV, n. 716 *in fine;* Gauthier, *op. cit.*, n. 65; Colmet de Santerre, V, n. 197 *bis*-XVII; Aubry et Rau, IV, p. 191, texte note 91; Larombière, IV, p. 424 (art. 1252, n. 26); Demolombe, XXVII, n. 669; Laurent, XVIII, n. 135; Huc, VIII, n. 79, p. 111; Planiol, II, n. 545 2°.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, IV, p. 425 (art. 1252, n. 27); Demolombe, XXVII, n. 670; Laurent, *loc. cit.;* Planiol, II, n. 545 *in fine.* — Cpr. Huc, *loc. cit.*

(3) « Lorsqu'un créancier a reçu, en différents temps, différentes portions de sa

plus généralement, de tous nos anciens jurisconsultes, à l'exception de Bretonnier [1]. Nous devons supposer que le législateur, qui a emprunté à notre ancienne jurisprudence la disposition de l'art. 1252, a implicitement, sur le point qui nous occupe, admis l'ancienne doctrine.

On objecte que le droit de préférence du subrogeant découle d'une convention tacite par laquelle ce dernier s'est réservé ce droit et qu'il se l'est évidemment réservé en vue de toutes les opérations qui sont de nature à lui faire réaliser sa créance. Mais, outre que cette objection ne saurait concerner la subrogation légale et la subrogation consentie par le débiteur, il n'est nullement besoin, quant à la subrogation consentie par le créancier, d'attribuer à la convention tacite dont il s'agit une aussi grande portée. On objecte encore que la solution par nous adoptée présente un inconvénient en ce qu'elle est de nature à diminuer le crédit du subrogeant qui obtiendra moins facilement le paiement du reliquat de sa créance, s'il ne peut pas transmettre son droit de préférence. Mais l'autre doctrine aussi présente un danger, car, suivant la remarque de Renusson : « Si la dernière subrogation était préférable à la première, rarement un débiteur pourrait-il commencer son paiement » [2]. Ainsi, lorsque plusieurs personnes sont successivement subrogées dans des parties d'une même créance, il y a concours entre elles proportionnellement aux sommes par elles payées, quelles que soient les dates des divers paiements [3].

créance, de différentes personnes qu'il a subrogées à ses droits pour les portions qu'il recevait d'elles, et qu'il reste encore créancier d'une partie, *toutes ces différentes personnes doivent venir entre elles par concurrence*, mais il doit leur être préféré. — *La raison de la première partie de la maxime est évidente ;* etc... » Pothier, *Cout. d'Orléans, Introd. au tit. XX*, n. 87 (édit. Dupin, X, p. 854).

(1) Bretonnier, v° *Subrogation*, II, p. 279-280.

(2) Renusson, *op. cit., additions* au chap. XVI.

(3) *Sic* Merlin, *Répert.*, v° *Subrogation de personnes*, tit. II, § 8, n. 8; Delvincourt, II, p. 777; Toullier, VII, n. 170; Duranton, II, n. 188-189; Persil, *Rég. hypoth.*, art. 2103, § 2; Marcadé, IV, n. 714; Grenier, *Hypothèques*, I, n. 93; Troplong, *Hypothèques*, I, n. 379 et 381; Aubry et Rau, IV, p. 192, texte et note 93; Gauthier, *op. cit.*, n. 68; Larombière, IV, p. 430 (art. 1255, n. 36); Demolombe, XXVII, n. 667; Huc, VIII, n. 80, p. 111 *in fine*. — Paris, 13 mars 1815, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1998. — Dijon, 10 juill. 1848, S., 48. 2. 609, D. P., 49. 2. 15. — Lyon, 12 févr. 1890, D. P., 91. 2. 247. — *Contra :* Mourlon, *op. cit.*, p. 39 et

1574. Mais si le droit de préférence du subrogeant ne peut être transmis au moyen d'une nouvelle subrogation, il peut l'être, au contraire, par voie de cession. Cela s'explique par la différence qui existe entre la nature de la subrogation et celle de la cession. Cette dernière, à la différence de la subrogation, ne suppose pas le paiement de la créance. Elle exclut même, par la force des choses, la possibilité de ce paiement. Dès lors il n'y a pas de raison pour que, dans notre hypothèse, la partie subsistante de la créance ne comporte pas entre les mains du cessionnaire tous les mêmes droits accessoires qu'entre les mains du cédant (1).

1575. La disposition de l'art. 1252 n'est pas d'ordre public; les parties pourraient donc valablement y déroger en convenant que le subrogé viendra exercer concurremment avec le subrogeant les droits attachés à la créance ou même que le subrogé passera avant le subrogeant. C'est ce qui arrive généralement en pratique. En fait, le subrogeant, qui désire être payé, qui, probablement, a besoin de toucher son argent le plus tôt possible, passe par les exigences d'un capitaliste qui ne consent à le payer partiellement que s'il lui accorde la priorité sur lui-même (2).

1576. La jurisprudence a décidé que le subrogé peut céder ses droits (3) et qu'il en est ainsi même au cas de subrogation légale. A notre avis, cela n'est pas contestable. Même quand celui qui paie est subrogé de plein droit, il n'y a aucune raison pour estimer que la créance devient intransmissible par voie de cession (4).

1577. Si la créance dont le paiement a été accompagné de

Rev. crit., I (1856), p. 260; Colmet de Santerre, V, n. 197 *bis*-XV; Laurent, XVIII, n. 137.

(1) Delvincourt, II, p. 564; Duranton, XII, n. 188; Marcadé, IV, n. 715; Troplong, *Hypoth.*, II, n. 379; Aubry et Rau, IV, p. 192; Demolombe, XXVII, n. 667; Laurent, XVIII, n. 137; Huc, VIII, n. 80, p. 111. — Paris, 18 mars 1837, S., 37. 2. 243, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1997. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Subrogation de personnes*, sect. II, § 8.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 197 *bis*-XIII; Larombière, IV, p. 429 (art. 1252, n. 34); Laurent, XVIII, n. 134; Planiol, II, n. 544.

(3) Paris, 3 prairial an X, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1983.

(4) Bourges, 31 janv. 1832, D., *op.* et v° *cit.*, n. 1975. — *Sic* Laurent, XVIII, n. 130.

subrogation n'existait pas, le subrogé peut, comme nous l'avons dit, exercer contre le prétendu créancier l'action en répétition de l'indû. Cette proposition est de toute évidence quand il s'agit de la subrogation consentie par le créancier ou de la subrogation légale, l'une et l'autre supposant qu'il s'établit un rapport direct entre le créancier et la personne qui paie. Mais la même solution est exacte pour la subrogation consentie par le débiteur. En effet, comme la quittance doit renfermer la mention de l'origine des deniers, il faut, même au regard du créancier, considérer le paiement comme fait par le subrogé [1].

§ III. *De l'imputation des paiements* [2].

1578. La question de l'*imputation des paiements* ne peut se présenter que lorsqu'une même personne est débitrice envers un même créancier de plusieurs dettes ayant pour objet des prestations de même nature. Ainsi je suis débiteur envers vous de deux dettes distinctes de 1,000 fr. chacune ; je vous paie 1,000 fr. ; il s'agit de savoir sur laquelle des deux dettes le paiement s'imputera, c'est-à-dire quelle est celle des deux à laquelle il s'appliquera. Tel est l'objet de notre paragraphe, qui s'occupe successivement de l'imputation faite par le débiteur, de l'imputation faite par le créancier et de celle faite par la loi.

I. *Imputation faite par le débiteur.*

1579. « *Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paie, quelle dette il entend acquitter* ». Art. 1253 [3]. Cette disposition nous paraît fondée sur ce principe que, toutes choses égales d'ailleurs, la loi dispose en faveur du débiteur.

Bien entendu, celui-ci ne peut pas, sous prétexte d'user

(1) Aubry et Rau, IV, p. 190, texte et note 88. — Cpr. Duranton, XII, n. 138 *in fine*.

(2) Les dispositions des art. 1253, 1255 et 1256 ont été empruntées à Pothier, *Oblig.*, n. 565, al. 1 ; n. 566, 567, 570 (même édit., I, p. 333, 338).

(3) V. application dans Paris, 6 nov. 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 564.

de la faculté que lui accorde l'art. **1253**, porter atteinte aux droits qui appartiennent au créancier. Ainsi le débiteur de deux dettes, dont l'une n'est pas échue, n'a pas le droit d'imputer ce qu'il paie sur la dette non échue, si le terme a été stipulé en faveur du créancier. De même, le débiteur de deux dettes également échues, qui paie une somme égale au montant de la plus faible, ne peut pas, sans le consentement du créancier, imputer le paiement sur la dette la plus forte. Ce serait contraindre le créancier à recevoir le paiement partiel de cette dernière, ce que ne permet pas l'art. **1244**.

1580. C'est à ce même principe que se rattache la disposition de l'art. **1254**, ainsi conçu : « *Le débiteur d'une dette* » *qui porte intérêt ou produit des arrérages, ne peut point,* » *sans le consentement du créancier, imputer le paiement* » *qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou* » *intérêts : le paiement fait sur le capital et intérêts, mais* » *qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts* ».

Le motif de la première partie de ce texte, c'est que l'intérêt du débiteur ne saurait l'emporter sur le droit qu'a le créancier de refuser un paiement partiel.

D'ailleurs, notre principe s'applique aussi bien aux intérêts moratoires qu'aux intérêts compensatoires : le texte ne distingue pas ; de plus, la raison de décider est la même : il serait inexplicable que le débiteur pût, parce qu'il est en demeure et par conséquent en faute, imputer le paiement sur le capital (1).

Si des frais ont été exposés par le créancier à l'occasion de la dette, la somme payée doit être imputée sur eux par préférence au capital et même aux intérêts, les frais passant avant tout (2).

(1) *Sic* Delvincourt, II, p. 556 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 429, § 562, note 2 ; Aubry et Rau, IV, p. 166, note 4 ; Larombière, IV, p. 443 (art. 1254, n. 4 : Demolombe, XXVIII, n. 12. — *Contra* Duranton, XII, n. 192 ; Marcadé, IV, n. 724 ; Laurent, XVII, n. 606 ; Huc, VIII, n. 82, p. 113 *in fine*. — Pothier, suivant sur ce point la jurisprudence du Parlement de Paris, se prononçait dans ce dernier sens, *Oblig.*, n. 571, même édit., I, p. 338. — *Adde* Argou, *Institution au dr. fr.*, II, p. 360 ; Lecamus, *Tr. des créances*, p. 259.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 167 ; Larombière, IV, p. 446 (art. 1254, n. 5) ; Demolombe, XXVIII, n. 14.

1581. La caisse des dépôts et consignations a émis la prétention, quant aux paiements partiels par elle faits, de les imputer, contrairement à la disposition de l'art. 1254, sur le capital par préférence aux intérêts. Cette prétention, qui a été repoussée par deux arrêts de la cour de Paris, était certainement injustifiable. Les règles sur l'imputation des paiements ne peuvent être écartées au regard d'un débiteur que s'il existe, en ce qui le concerne, une exception établie par une loi; or tel n'est point le cas pour la caisse des dépôts et consignations (1).

1582. La seconde partie de l'art. 1254 suppose que, d'après la teneur de la quittance, l'imputation est faite *sur le capital et sur les intérêts*. Bien que le mot capital soit écrit en premier lieu, elle ne doit point être faite d'abord sur le capital; elle ne doit même pas être faite proportionnellement sur celui-ci et sur les intérêts. L'une et l'autre de ces solutions seraient inconciliables avec la disposition de l'art. 1244.

La première partie de l'art. 1254 parle à la fois des intérêts et des arrérages. La seconde ne mentionne que les intérêts; elle n'en est pas moins applicable aux arrérages. Il n'y a là qu'une inadvertance de rédaction (2).

Si la quittance est muette relativement à l'imputation ou même si elle porte que l'imputation est faite sur les intérêts et les arrérages, la partie de la somme payée qui excède le chiffre des intérêts ou arrérages dus, sera en général, par interprétation de la volonté des parties, imputée sur le capital et, par conséquent, ne pourra pas être répétée par le débiteur; mais c'est là une question de fait (3).

1583. Un créancier pourvu d'un privilège, d'une hypothèque ou d'un nantissement n'obtient dans la faillite de son débiteur qu'une collocation partielle, alors qu'il réclamait une somme principale et des intérêts. Lorsqu'il se présente pour participer, à raison de ce qui lui reste dû, aux répartitions dans la masse chirographaire, doit-il, contrairement à

(1) Paris, 20 mars 1830, S. chr., IX, 2. 418, col. 1, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2012; 7 janv. 1831. S., 31. 2. 219, D., *loc. cit.* — *Adde* Laurent, XVII, n. 631.

(2) Demolombe, XXVIII, n. 19.

(3) Demolombe, XXVIII, n. 20.

la règle posée dans l'art. 1254, imputer sur le capital, par préférence aux intérêts courus depuis la faillite jusqu'à la clôture de l'ordre, ce qu'il a reçu? La chambre des requêtes, par un arrêt du 17 novembre 1862 (1), s'est prononcée pour l'affirmative. Mais le 26 décembre 1871, la chambre civile, sur le rapport de M. le conseiller Larombière, a statué en sens contraire (2), et elle l'a fait à nouveau le 12 juillet 1876 (3) et le 13 juillet 1896 (4). Nous croyons devoir approuver cette dernière jurisprudence. Il n'est point vrai de dire qu'elle fait supporter indirectement par la masse la charge d'intérêts qui, au regard de celle-ci, ne sauraient être considérés comme dus. Le second alinéa de l'art. 445 C. comm. dit simplement que : « Les intérêts des créances garanties ne pourront être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilège, à l'hypothèque ou au nantissement ». Du moment que cette disposition est respectée, l'imputation doit avoir lieu conformément à la loi, et, par suite, le créancier dont il s'agit, imputant les intérêts à lui dus sur le produit du gage, de l'immeuble hypothéqué ou du bien frappé de son privilège, doit être admis, pour son entier reliquat représentant une partie du capital, aux distributions à faire dans la masse chirographaire (5).

(1) Req., 17 nov. 1862, S., 63. 1. 205, D. P., 63. 1. 305. — *Adde* Trib. civ. Montbrison, 14 mars 1891, *Journ. des Faillites,* 1893, p. 177. — Cpr. Rouen, 6 fév. 1882, même rec., 1882, p. 605.

(2) Civ. cass., 26 déc. 1871, S., 72. 1. 49 (note conforme de M. Labbé), D. P., 73. 1. 145.

(3) Civ. cass., 12 juill. 1876, S., 78. 1. 68, D. P., 77. 1. 305.

(4) Civ. cass., 13 juill. 1896, S., 96. 1. 395, D. P., 97. 1. 150. — *Adde* Poitiers, 30 janv. 1878, S., 78. 2. 176, D. P., 78. 2. 70. — Aix, 10 mai 1884, *Journ. des Faill.,* 1884, p. 70. — Rennes, 24 mai 1898, même rec., 1899, p. 377, D. P., 99. 2. 31. — La cour de Bordeaux, dans un arrêt du 10 décembre 1874, a prétendu, mais à tort, que les décisions contenues dans les arrêts précités du 17 novembre 1862 et du 26 décembre 1871 pouvaient se concilier, D. P., 76. 2. 235.

(5) *Sic* Boistel, *Préc. de dr. comm* , n 937 (2e édit., p. 670 *in fine* et 671); Dutruc, *Dict. de content. comm.,* v° *Faillite,* n. 1210 *bis;* Laroque-Sayssinel, n. 278; Thaller, *Tr. élément. de dr. comm.,* 2e édit., n. 2008, p. 1036; Huc, VIII, n. 84 *in fine,* p. 118. — *Contra* Demangeat sur Bravard-Veyrières, *Tr. de dr. comm.,* V, p. 186, note; Alauzet, *Comment. du Code de comm* , 2e édit., VI, n. 2492, p. 132; Laurent, XVII, n. 609; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.,* II, n. 2704, p. 684-685, et *Tr. de dr. comm.,* VII, n. 275, p. 225-226; Valabrègue, *Nouv. cours de dr. comm.,* n. 339, p. 455.

II. *Imputation faite par le créancier.*

1584. Aux termes de l'art. **1255** : « *Lorsque le débiteur de* » *diverses dettes a accepté une quittance par laquelle le créan-* » *cier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ses dettes spécia-* » *lement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur* » *une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise* » *de la part du créancier* ».

L'imputation, que le créancier fait dans sa quittance, est considérée par la loi comme le résultat d'une convention entre lui et le débiteur. Ce dernier, qui pouvait imposer telle ou telle imputation au créancier, est censé, quand il n'use pas de ce droit, avoir accepté celle que le créancier a indiquée dans la quittance. Le créancier doit faire cette imputation au moment même du paiement ; après il serait trop tard, car il se trouverait en présence d'une imputation faite par la loi, et il n'aurait pas le droit de la modifier (1).

1585. Le débiteur n'est pas admis à critiquer l'imputation faite par le créancier, sur ce seul fondement qu'elle lui est préjudiciable : mais la loi lui permet de l'attaquer, lorsqu'elle est le résultat d'un dol ou même d'une simple *surprise* de la part du créancier. La surprise diffère du dol, en ce qu'elle ne suppose pas, comme ce dernier, l'emploi de *manœuvres* destinées à induire le débiteur en erreur (2). C'est une question de fait que celle de savoir s'il y a eu ou non surprise.

1586. On s'est demandé si c'est dans le délai de trente ans (3) ou dans celui de dix, que le débiteur doit revenir sur l'imputation. C'est dans le dernier sens qu'il vaut mieux, croyons-nous, se prononcer. Mais la question manque d'intérêt pratique, car, en général du moins, l'inaction du débiteur, dès

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 566, al. 2 (édit. Dupin, I, p. 333) ; Larombière, IV, p. 448, (art. 1255, n. 2) ; Aubry et Rau, IV, p. 167 ; Demolombe, XXVIII, n. 37 ; Laurent, XVII, n. 611 ; Huc, VIII, n. 83.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 566, al. 7 (même édit., I, 335) ; Toullier, VII, n. 176-177 ; Delvincourt, II, p. 557 ; Duranton, XII, n. 193 ; Marcadé, IV, n. 725 ; Colmet de Santerre, V, n. 200 *bis* ; Aubry et Rau, IV, p. 167, texte et note 67 ; Larombière, IV, p. 450 (art. 1255, n. 5) ; Demolombe, XXVIII, n. 38 ; Laurent, XVII, n. 612 ; Huc, VIII, n. 83.

(3) Duranton, XII, n. 193.

qu'elle se sera prolongée, et eût-elle duré moins de dix ans, sera considérée comme une approbation des termes de la quittance relatifs à l'imputation [1].

1587. A côté de l'imputation faite par le débiteur seul et de celle émanant du créancier seul, il faut mentionner celle qui serait faite par le débiteur et le créancier agissant d'un commun accord [2]. Cette imputation, effectuée au moment du paiement, devrait être respectée, alors même qu'elle causerait préjudice à des tiers, sauf le droit qui appartiendrait à ceux-ci de l'attaquer par l'action paulienne au cas de fraude [3].

III. *Imputation légale.*

1588. Si l'imputation n'est faite ni par le débiteur ni par le créancier [4], la loi décide d'après quelles règles elle doit être effectuée, en établissant autant que possible une juste balance entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur. C'est l'imputation légale régie par l'art. 1256, ainsi conçu : « *Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le* » *paiement doit être imputé sur la dette que le débiteur* » *avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles* » *qui sont pareillement échues ; sinon, sur la dette échue,*

(1) Demolombe, XXVIII, n 40.

(2) Civ. cass., 8 décembre 1874, S., 75. 1. 209, D. P., 75. 1. 33. — Lyon, 4 mai 1881, D. P., 82. 2. 217. — Req., 2 juillet 1896, S., 96. 1. 448, D. P., 96. 1. 496. — L'arrêt précité de Lyon déclare qu'en matière d'imputation de paiements les parties sont libres de modifier les règles légales « à la condition d'être maîtresses de leurs droits et *de ne pas porter atteinte à des droits irrévocablement acquis à des tiers* ». — La cour de cassation a décidé que, lorsqu'il existe deux créances dont l'une seulement est cautionnée, le créancier et le débiteur principal peuvent, pourvu qu'ils soient de bonne foi, imputer le paiement sur la créance non cautionnée, sans avoir besoin à cet effet du consentement de la caution. Civ. cass., 23 juillet 1883, D. P., 84. 1. 180.

(3) Grenoble, 25 juin 1892, D. P., 93. 2. 425.

(4) L'application de l'art. 1256 suppose que l'imputation des paiements n'a pas été réglée, entre les parties, par un accord exprès ou tacite. Lorsqu'il en est autrement, les tribunaux n'ont pas le droit d'appliquer l'art. 1256. Req., 27 mai 1872, D. P., 73. 1. 13. — Civ. cass., 8 déc. 1874, D. P., 75. 1. 33. — Req., 20 mars 1895, S., 95. 1. 184, D. P., 95. 1. 324 ; 2 juill. 1896, S., 96. 1. 448, D. P., 96. 1. 496. — Trib. civ. Etampes, 28 nov. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 327. — Les juges du fait constatent souverainement l'existence d'un accord relatif à l'imputation des paiements. Req., 20 mars 1895 et 2 juillet 1896, précités.

» *quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point.* — » *Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la* » *plus ancienne : toutes choses égales, elle se fait proportion-* » *nellement* ».

1589. Ainsi, entre deux dettes, dont l'une est échue tandis que l'autre ne l'est pas, l'imputation doit être faite sur la première. En effet, d'une part, le débiteur a dû vouloir éteindre d'abord la dette à raison de laquelle il pouvait être poursuivi, et, d'autre part, le créancier a entendu, suivant toutes les vraisemblances, toucher en premier lieu le montant de la dette dont il pouvait exiger le paiement. Mais les termes de cette disposition sont tels qu'on ne saurait en écarter l'application, alors même que cela présenterait pour le débiteur un avantage manifeste, par exemple au cas où la dette non échue serait, à la différence de l'autre, productive d'intérêts.

Il résulte de cette première règle que l'imputation légale ne saurait s'appliquer aux dettes naturelles, car elles ne peuvent donner lieu à des poursuites contre le débiteur (1).

1590. Si toutes les dettes sont également échues, l'imputation se fera sur celle dont l'extinction doit procurer le plus grand profit au débiteur (2), par conséquent sur la dette qui produit des intérêts plutôt que sur celle qui n'en produit pas, sur la dette hypothécaire ou privilégiée plutôt que sur la dette chirographaire (3), sur la dette garantie par une clause pénale plutôt que sur celle qui n'est pas ainsi garantie, sur la dette qui incombe à un seul débiteur, plutôt que sur la dette solidaire, sur la dette dont le paiement est poursuivi, plutôt que sur celle dont on ne demande pas le paiement. De même l'imputation se fera sur la dette cautionnée plutôt que sur celle qui ne l'est pas, car, en payant la dette cautionnée, le débiteur se libère envers deux personnes, le créancier et la

(1) Larombière, IV, p. 454 (art. 1256, 3) ; Demolombe, XXVIII, n. 47. — Le paiement doit être imputé sur une dette sanctionnée par une action en justice plutôt que sur une dette de jeu. Bruxelles, 19 juill. 1886, *Pasicr.*, 86. 2. 407.

(2) Suivant un arrêt de la cour d'Orléans, du 5 avril 1851, l'intérêt moral du débiteur peut être pris en considération aussi bien que son intérêt pécuniaire. D. P., 51. 2. 68.

(3) Trib. civ. Etampes, 28 nov. 1899, précité.

caution, tandis qu'il ne se libèrerait qu'envers une seule en payant la dette non cautionnée (1). L'imputation se fera aussi plutôt sur la dette dont le défaut de paiement exposerait le débiteur à une action en résolution, en rescision ou en dommages-intérêts que sur celle dont le défaut de paiement n'aurait pas cette conséquence (2).

D'ailleurs, les solutions que nous venons d'indiquer ne doivent pas être nécessairement admises par les juges. Ceux-ci peuvent les repousser à raison des circonstances et décider, par exemple, qu'il valait mieux pour le débiteur éteindre une dette chirographaire qu'une dette hypothécaire, la première produisant des intérêts et la seconde n'en produisant pas. L'art. 1256 pose simplement une règle d'interprétation, et laisse aux tribunaux, pour l'application de cette règle, un pouvoir discrétionnaire. Il s'ensuit que, sur ce point, les décisions des juges du fait ne sauraient encourir la censure de la cour suprême (3).

On suivrait les mêmes règles pour l'imputation à faire entre plusieurs dettes dont aucune ne serait échue; l'imputation devrait toujours être dirigée sur celle que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter. Il appartient aux juges du fond de décider quelle est cette dette.

1591. En supposant qu'il s'agisse de dettes qui sont toutes

(1) Dijon, 20 déc. 1878, sous Req., 19 nov. 1879, S., 81. 1. 211. — Limoges, 3 déc. 1888, D. P., 90. 2. 11. — *Adde* Aubry et Rau, IV, p. 167, texte et note 12; Laurent, XVII, n. 602.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 567 (même édit., I, p. 336-337); Toullier, VII, n. 179; Duranton, XII, n. 199; Aubry et Rau, IV, p. 167, texte et note 12; Larombière, IV, p. 455, art. 1256, n. 5; Demolombe, XXVIII, n. 48; Laurent, XXVI, n. 618-621. — Req., 24 août 1829, S. chr., IX. 1. 363, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2034. — Grenoble, 29 juill. 1832, S., 33. 2. 572; D. P., 33. 2. 106. — Paris, 26 nov. 1833, S., 33. 2. 594, D., *op. cit.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 325. — Req., 13 juin 1834, S., 35. 1. 298. — Req , 28 juin 1847, D. P., 47. 4. 349. — Orléans, 3 avril 1851, S., 51. 2. 555, D. P., 51. 2. 66. — Paris, 1er fév. 1859, S., 59. 2. 511; Bordeaux, 21 fév. 1861, sous Req., 20 mai 1862, S., 63. 1. 91, D. P., 62. 1. 507. — Rouen, 26 juill. 1873, S., 74. 2. 143. — Dijon, 20 déc. 1878 (motifs), sous Req., 19 nov. 1879, S., 81. 1. 511.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 168, note 12 *in fine;* Demolombe, XXVIII, n. 49; Laurent, XVII, n. 617 *in fine*. — Req., 28 juin 1853, S., 53. 1. 695, D. P., 53. 1. 316; 20 mai 1862, D. P., 62. 1. 507; 23 juill. 1884, S., 85. 1. 365, D. P., 84. 1. 459.

échues ou toutes non échues, et que le débiteur n'ait pas d'intérêt à l'extinction de l'une plutôt que de l'autre, l'imputation se fera sur la dette *la plus ancienne*. Cette expression nous paraît désigner la dette née la première, et non celle qui est échue la première : la loi parle de l'ancienneté de la *dette* et non de l'*échéance*. De plus, c'est, en général, la dette née la première que le débiteur a le plus d'intérêt à éteindre et que le créancier est le plus disposé à faire payer [1].

1592. Enfin, au cas où l'application des règles qui viennent d'être exposées donnerait un résultat négatif, c'est à dire ne permettrait pas de déterminer la dette sur laquelle le paiement doit être imputé, l'imputation devra être faite proportionnellement sur les diverses dettes. C'est là une autre exception au principe de l'indivisibilité du paiement.

D'ailleurs, la disposition de l'art. 1256 *in fine* ne cesserait pas d'être applicable par cela seul que le chiffre de la somme payée concorderait exactement avec celui de l'une des dettes, cette circonstance ne suffisant pas pour faire admettre une imputation tacite [2].

1593. L'art. 1256 ne saurait s'appliquer en matière de faillite. La cour de cassation a fort bien décidé que le dividende touché par un créancier admis pour plusieurs créances, s'impute nécessairement sur chacune d'elles, proportionnellement à son chiffre, et non pas sur celle que le débiteur aurait eu, en dehors du cas de faillite, le plus d'intérêt à acquitter : « Attendu, en droit, dit la cour suprême, que les présomptions de l'art. 1256 C. Nap. sur l'imputation légale d'un paiement sont inadmissibles lorsque ce paiement, exclut, par sa nature même, toute imputation particulière, et emporte virtuellement et nécessairement une application proportionnelle à toutes les dettes du débiteur sans distinction ; que tel est le cas où... le paiement consiste en un dividende de tant pour 100 sur le chiffre total des créances réunies ; que, dans de semblables circonstances, l'art. 1256 ne peut

(1) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 201 *bis*-IV ; Mourlon, II, n. 1378 ; Demolombe, XXVIII, n. 51 ; Huc, VIII, n. 84, p. 117 *in fine*. — *Contra* Marcadé, IV, n. 726 *in fine* ; Larombière, p. 462, art. 1256, n. 13 ; Laurent, XVII, n. 622.

(2) Demolombe, XXVIII, n. 54.

recevoir application sous le seul prétexte du silence des parties relativement à l'imputation » (1).

1594. En matière de compte courant, les règles de l'imputation des paiements ne sont pas applicables. On ne saurait, par exemple, extraire du compte une dette pour imputer un paiement sur elle en se fondant sur ce qu'elle est plus onéreuse ou plus ancienne. C'est là une conséquence du principe de l'indivisibilité du compte courant. Dans celui-ci, les articles du débit ne constituent pas autant de dettes distinctes. Ils sont considérés, cumulativement avec les articles du crédit, comme un ensemble, et ces deux catégories d'éléments sont destinées à ne former, tout compte fait, qu'une créance unique. Il ne peut donc être question, au cours du compte, de payer l'un des articles du débit plutôt que les autres, ni, par conséquent, de faire porter une imputation snr l'un d'entre eux. Avant la clôture du compte, il n'est point fait, du moins en principe, de paiement proprement dit, mais des remises. Celles-ci, alors même qu'elles sont faites à un correspondant qui, au moment où il les reçoit, se trouve créditeur, ne constituent point des paiements, car elles n'ont pas pour but d'éteindre le compte, mais, au contraire, de l'alimenter. D'ailleurs, d'après l'usage, toute remise produit des intérêts au profit du remettant. Or, évidemment, il ne saurait être question d'un paiement produisant des intérêts au profit de celui qui acquitte la dette. On ne conçoit donc pas, dans la matière, l'application des règles relatives à l'imputation (2).

(1) Civ. cass., 12 fév. 1868, S , 68. 1. 198, D. P., 68. 1. 501. — *Adde* Laurent, XVII, n. 630.

(2) Massé, *Dr. comm.*, IV, p. 79, n. 2178 et note sous civ. cass., 22 mars 1852, S., 52. 1. 307 s.; Larombière, IV, p. 463 (art. 1256, n. 15; Demolombe, XXVIII, n. 59; Boistel, *Préc. de dr. comm.*, 3e édit., n. 884; Laurent, XVII, n. 629; Feitu, *Compte courant*, n. 234; Dutruc, *Dict. de content. comm.*, v° *Compte courant*, n. 35 s. ; Lyon Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, II, n. 1447, p. 811, et *Tr. de dr. com.*, IV, n. 830, al. 2, p. 558; Noblet, *Du compte courant*, n. 74; Clément, *Etude sur le compte-courant*, n. 145; Huc, VIII, n. 84, p. 118. — Caen, 15 mars 1837, S., 39. 2. 297, D., *Rép. alph.*, v° *Compte-courant*, n. 50. — Bordeaux, 8 avril 1842, S., 42. 2. 402. — Civ. rej., 17 janv. 1849, S., 49. 1. 228, D. P., 49. 1. 49. — Rouen, 19 janv. 1849, S., 50. 2. 138. — Civ. rej., 24 mai 1854, S., 55. 1. 737. — Req., 29 juil. 1868, S., 69. 1. 36; 18 déc. 1871, S., 72. 1. 223, D. P., 72. 1. 100; 12 août 1873, S., 75. 1. 315, D. P., 75. 1. 262. — Req., 12 nov. 1895, S., 99. 1. 499, D. P., 96. 1. 292.

§ IV. *Des offres de paiement et de la consignation.*

1595. Si le créancier, par caprice ou pour tout autre motif, refuse de recevoir le paiement de ce qui lui est dû, cette résistance ne doit pas nuire au débiteur, qui peut avoir intérêt à se libérer, notamment pour se décharger des risques de la chose ou pour faire cesser le cours des intérêts. Aussi la loi permet-elle à celui-ci de se créer, par le moyen d'offres réelles suivies de consignation, une situation équivalente à celle que le paiement lui aurait procurée. C'est ce que dit l'art. 1257, ainsi conçu : « *Lorsque le créancier refuse de re-* » *cevoir son paiement, le débiteur peut lui faire des offres* » *réelles, et, au refus du créancier de les accepter, consigner* » *la somme ou la chose offerte. — Les offres réelles suivies* » *d'une consignation libèrent le débiteur; elles tiennent lieu* » *à son égard de paiement, lorsqu'elles sont valablement fai-* » *tes, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créan-* » *cier* ».

Les offres *réelles* consistent dans la présentation effective de la chose due au créancier; on oppose les offres *réelles* aux offres *verbales* ou *labiales*.

La *consignation* (de *cum signare*, parce que les espèces consignées étaient autrefois enfermées dans des sacs cachetés) est le dépôt de la chose due dans un lieu désigné soit par la loi, soit par la justice, où elle demeure à la disposition du créancier.

Nous parlerons successivement de la procédure des offres réelles et de la consignation, et de leurs effets.

I. *Procédure des offres réelles et de la consignation.*

1596. Le droit commun de la matière est contenu dans les art. 1257 à 1259. Ces textes, ainsi que les art. 812 et 813 C. pr. civ. qui les complètent, sont, en effet, conçus dans les termes les plus généraux. Ils doivent donc recevoir en principe leur application à toutes les dettes et particulièrement à celles des sommes d'argent. L'art. 1264 formule un droit d'exception pour la dette d'un corps certain payable au lieu où il se trouve.

A. *Droit commun applicable principalement aux dettes de sommes d'argent.*

1. *Offres réelles.*

1597. « *Pour que les offres réelles soient valables,* dit l'art. 1258, *il faut :*

» 1° *Qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de* » *recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui* ».

Par exemple au mandataire conventionnel du créancier [1] ou à son mandataire légal, notamment à son tuteur.

Supposons que le créancier soit un mineur sous la tutelle de sa mère et que le père ait imposé à celle-ci un conseil de tutelle chargé de l'assister dans la réception de toutes les sommes dues au mineur : faudra-t-il, pour la validité des offres réelles, y appeler le conseil, ou suffira-t-il de les faire à la mère? La cour de Bordeaux, par un arrêt du 12 juin 1870, a statué dans le second sens [2]. Mais sa décision est critiquée à juste titre : les offres réelles ne sont valables que si la personne à laquelle on les fait peut les recevoir. Or, dans notre hypothèse, tel n'est pas le cas pour la mère tutrice quand elle n'est pas assistée du conseil [3].

1598. « 2° *Qu'elles soient faites par une personne capable* » *de payer* ».

Autrement le créancier serait en droit de refuser le paiement qui lui est offert, parce qu'il aurait à craindre l'exercice d'une action en répétition.

Mais les offres réelles peuvent émaner de tout individu capable de faire le paiement, par conséquent, non seulement du débiteur, mais aussi d'un tiers intéressé ou non à l'acquittement de la dette. Arg. art. 1236.

(1) Le mandat *ad litem*, dont un avoué est investi dans une instance en liquidation, s'applique simplement aux actes nécessaires pour obtenir le jugement et le rendre définitif ; il ne comprend donc pas le pouvoir de toucher le montant d'une liquidation ou d'une condamnation. Il s'ensuit qu'à défaut d'un mandat spécial ou d'une élection de domicile chez cet avoué pour l'exécution, les offres réelles signifiées à son étude ne sont pas valables. — Paris, 23 nov. 1897, *Gaz. Trib*, 2e partie, 98. 2. 110.

(2) S., 70. 2. 272, D. P, 71. 2. 124.

(3) Demolombe, XXVIII, n. 70; Garsonnet, *Tr. th. et prat. de proc.*, VI, n. 1317, p. 310; Huc, VIII, n. 86, p. 120 *in fine*.

1599. « 3° *Qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire* » (1).

Des offres réelles qui ne comprennent pas la totalité du capital, des intérêts échus et des frais liquidés, sont nulles comme insuffisantes, alors même que l'auteur de ces offres déclare dans l'acte qu'il est prêt « à parfaire en cas d'insuffisance ». Cette déclaration, aux termes de l'art. 1258-3°, peut seulement s'appliquer aux frais non liquidés (2).

Mais les offres réelles, bien qu'elles ne soient pas de toute la somme due, peuvent être considérées comme suffisantes, lorsqu'elles sont de la somme demandée par le créancier dans un commandement (3). A plus forte raison, lorsque la créance n'est pas liquide et que le débiteur s'est trouvé, par

(1) Pau, 21 déc. 1885, D. P., 87. 1. 16. — Civ. cass., 28 déc. 1887, S., 88. 1. 205, D. P., 88. 1. 217. — Req., 21 mars 1892, D. P., 92. 1. 228. — C. cass., 5 mars 1894, D. P., 94. 1. 509. — Req., 23 oct. 1895, D. P., 96. 1. 64. — Req., 26 déc. 1899, D. P., 1900. 1. 126, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 118. — D'après la cour de cassation, il n'est pas nécessaire que les offres réelles de titres, faites pour obtempérer à la disposition impérative d'un arrêt et pour ne pas laisser expirer le délai fixé par cette décision soient accompagnées de l'offre d'une certaine somme pour frais. Req., 10 juin 1885, S., 86. 1. 310, D. P., 86. 1. 223. — Des offres réelles sont valablement faites en billets de la banque de France, Civ. cass., 28 déc. 1887, S., 88. 1. 205, D. P., 88. 1. 217. — *Adde* Trib. de Verdun, 18 janv. 1887, S., 87. 2. 144 (note). — Les offres réelles que le locataire d'une maison fait à son bailleur, du montant des loyers exigibles, doivent, à peine de nullité, comprendre, outre le prix principal de la location, une somme représentant le montant exigible de l'impôt des portes et fenêtres afférent aux locaux par lui pris à bail. Civ. cass., 6 fév. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 326. — Le débiteur n'est pas tenu de faire figurer dans les offres réelles le coût du procès-verbal qui les contient. Civ. cass., 7 juil. 1898, S., 99. 1. 37, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 163. — Cpr. Bordeaux, 12 juin 1870, précité. — Bien qu'elles ne comprennent aucune somme pour les frais, les offres réelles sont valables si les seuls frais liquidés sont ceux d'un commandement nul et s'il n'y a pas de frais non liquidés. Trib. civ. de Tulle, 15 fév. 1898, D. P., 98. 2. 176.

(2) Larombière, IV, p. 480 (art. 1258, n. 6); Demolombe, XXVIII, n. 74-75; Laurent, XVIII, n. 154 et 157; Garsonnet, *op. cit.*, VI, n. 1317, p. 310 *in fine;* Huc, VIII, n. 87. — Req., 28 janv. 1867, S., 67. 1. 111, D. P., 67. 1. 208; 16 avril 1883, S., 85. 1. 199, D. P., 84. 1. 256. — Civ. cass., 28 déc. 1887, S., 88. 1. 205, D. P., 88. 1. 217. — Civ. cass., 1er mai 1897, S., 97. 1. 312. — Trib. civ. Seine, 26 juin 1899, *Loi*, 28 déc. 1899. — Les offres réelles doivent, pour être suffisantes, comprendre les intérêts dus, alors même que le créancier n'a pas de titre exécutoire pour en poursuivre le recouvrement. — Req., 23 oct. 1895, S., 99. 1. 454, D. P., 96. 1. 64.

(3) Paris, 11 août 1806, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 1656. — *Sic* Larombière, *loc. cit.*

le fait du créancier, dans l'impossibilité de connaître le chiffre de sa dette, les offres sont valables, alors même qu'elles sont inférieures à ce chiffre [1].

Quant aux frais non liquidés, peu importe que la somme offerte ne soit pas approximativement égale au montant de ces frais ou même qu'elle soit absolument modique, pourvu que le débiteur s'engage *à parfaire* [2]. Il est même indifférent que celui-ci connaisse l'insuffisance de cette somme. Mais l'offre de payer des frais non liquidés, *dès que la liquidation en sera faite*, n'est point libératoire; il est indispensable de faire offre réelle d'une somme quelconque, *sauf à parfaire* [3].

Les juges du fait ont un pouvoir souverain d'appréciation quant au point de savoir si les offres réelles sont suffisantes ou non [4].

1600. Ces offres ne sauraient être accompagnées ni de charges pour le créancier ni de réserves pour le débiteur, qui auraient pour effet d'en diminuer l'importance [5]. Toutefois elles sont valables encore bien qu'elles soient faites sous des réserves qui, sans compromettre les droits du créancier, révèlent chez le débiteur l'intention de maintenir ses droits intacts [6], par exemple sous la réserve de réclamer au créancier les frais de l'acte d'offre et de son enregistrement, ces frais étant de droit à la charge de la partie qui les a rendus nécessaires [7]. Le débiteur peut certainement aussi, en faisant les offres réelles, demander la radiation d'une inscription de séparation des patrimoines ou la mainlevée d'une opposition, pourvu, toutefois, qu'il n'entende pas faire supporter au

(1) Demolombe, XXVIII, n. 76; Larombière, *loc. cit.*; Laurent, XVIII, n. 154. — Req., 27 fév. 1849, S., 49. 1. 412, D. P., 49. 1. 158.

(2) Larombière, *loc. cit.*; Laurent, XVIII, n. 164-166. — Req., 26 fév. 1867, S., 67. 1. 159, D. P., 67. 1. 306. — Paris, 28 déc. 1898, *Loi*, 24 mai 1899. — V. cependant Demolombe, XXVIII, n. 78.

(3) Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXVIII, n. 77; Laurent, XVIII, n. 165. — Civ. cass., 16 nov. 1864, S., 65. 1. 452, D. P., 65. 1. 265.

(4) Req., 16 déc. 1891, D. P., 92. 1. 480.

(5) Duranton, XII, n. 210; Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Offres réelles*, n. 86; Berriat Saint Prix, *Cours de proc. civ.*, p. 614, note 5; Demolombe, XXVIII, n. 82; Huc, VIII, n. 87 *in fine*. — Req., 17 déc. 1894, D. P., 95. 1. 90.

(6) Trib. civ. Châteauroux, 18 janv. 1899, D. P., 1900. 2. 172.

(7) Bordeaux, 12 juin 1870, S., 70. 2. 272, D. P., 71. 2. 124.

créancier les frais de ces actes [1]. Il a également le droit d'exiger une quittance authentique à dresser dans l'étude du notaire qu'il désigne située dans la commune où habite le créancier [2].

La jurisprudence admet avec raison que des offres réelles sont libératoires alors même qu'elles sont faites sous la réserve de former appel du jugement de condamnation en exécution duquel elles ont lieu. Et il en est ainsi alors même que le jugement ne comporte pas l'exécution provisoire et que, par suite, l'appel a un effet suspensif. C'est qu'en effet, même dans ce dernier cas, le débiteur a intérêt à faire des offres réelles : au moyen de ces offres, il empêchera le cours des intérêts si, sur son appel, la condamnation prononcée contre lui est maintenue. Il arrêtera, en outre, l'exécution du jugement jusqu'à ce qu'il ait décidé s'il doit ou non interjeter appel [3].

Il faut adopter la même solution quant aux offres réelles faites sous réserve du pourvoi en cassation à former contre l'arrêt de condamnation en exécution duquel elles ont eu lieu [4].

1601. Il est admis que les erreurs de calcul peuvent être rectifiées par des offres supplétives, mais seulement à la condition que la rectification soit faite en temps opportun et ne puisse pas préjudicier au créancier qui a légitimement refusé les premières offres [5].

1602. Quand les offres réelles sont supérieures au chiffre de la somme due, le créancier a le droit, si l'officier ministériel ne consent pas à les réduire à ce chiffre, de les refuser, car il lui est évidemment permis de ne pas vouloir soit s'exposer à une action en répétition, soit accepter le don de l'excédent. Mais cela suppose que le créancier déclare for-

(1) Req., 8 janv. 1896, S., 1900. 1. 195. D. P., 96. 1. 88.

(2) Req., 20 juin 1899, S., 1900. 1. 8, D. P., 99. 1. 591, *Pand. fr.*, 1900. 1. 55.

(3) V. aussi Bourges, 13 déc. 1899, S., 1900. 2. 7, D. P., 1900. 2. 167.

(4) Civ. cass., 11 juill. 1849, D. P., 50. 1. 27, et, sur pourvoi, Nancy, 27 déc. 1849, D. P., 50. 2. 90.

(5) Larombière, IV, p. 480 (art. 1258, n. 6); Laurent, XVIII, n. 156, p. 185; Garsonnet, *op. cit.*, VI, n. 1317, p. 311; Huc, VIII, n. 87. — Civ. cass., 19 août 1884, S., 86. 1. 255, D. P., 85. 1. 205.

mellement que les offres sont excessives. S'il n'expliquait pas son refus, les juges ne pourraient pas prononcer la nullité des offres en se fondant sur ce que la somme offerte était trop forte. En effet, le moins étant contenu dans le plus, le débiteur se trouverait avoir offert tout ce qui était dû, et on ne pourrait pas lui reprocher de ne pas avoir réduit des offres dont le créancier ne lui aurait pas signalé l'exagération [1].

1603. « 4° *Que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur* » *du créancier* ».

Le débiteur pourrait valablement faire des offres réelles avant l'expiration du terme, s'il a été stipulé en sa faveur, ce qu'on doit d'ailleurs présumer dans le doute. Art. 1187.

Mais la loi fait exception à ce dernier principe dans l'art. 146 C. comm., aux termes duquel : « Le porteur d'une lettre de change ne peut être contraint d'en recevoir le paiement avant l'échéance » [2]. Il a donc le droit de refuser les offres réelles qui lui seraient faites avant l'échéance. Rappelons que la disposition de l'art. 146 C. comm. peut être invoquée par le porteur d'un billet à ordre. Arg. art. 187, al. 1, 6 et 11 du même code.

1604. « 5° *Que la condition sous laquelle la dette a été con-* » *tractée soit arrivée* ».

Il s'agit ici de la condition suspensive. Tenant en suspens l'existence même de la dette, elle permet au créancier de refuser le paiement offert par anticipation. Il ne peut pas être tenu de recevoir la chose due, car, si la condition venait à défaillir, il serait obligé de restituer. Il y a donc intérêt pour lui à refuser les offres réelles qui seraient faites *pendente conditione*.

Le refus du créancier ne serait pas légitime, s'il s'agissait d'une dette contractée sous une condition résolutoire non encore accomplie, car la condition résolutoire ne suspend pas l'existence de l'engagement, mais seulement sa résolution [3].

(1) Toullier, VII, n. 194; Marcadé, IV, n. 733 *in fine;* Colmet de Santerre, V, n. 203 *bis*-I; Larombière, IV, p. 481 (art. 1258, n. 8); Demolombe, XXVIII, n. 80; Garsonnet, *op. cit.*, VI, n. 1317, p. 311. — Cpr. Huc, VIII, n. 87, p. 122.

(2) V. *supra*, n. 982.

(3) V. *supra*, n. 863.

1605. « 6° *Que les offres soient faites au lieu dont on est* » *convenu pour le paiement, et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du paiement, elles soient faites ou* » *à la personne du créancier, ou à son domicile* (1), *ou au* » *domicile élu pour l'exécution de la convention* » (2).

S'il y a une convention spéciale sur le lieu du paiement, c'est au lieu désigné par les parties que les offres réelles doivent être faites, alors même que, par suite de subrogations ou de cessions, le créancier et le débiteur originaires auraient disparu (3). Nous en dirons de même pour le cas où c'est un créancier qui, en vue d'obtenir la subrogation, entend payer un autre créancier préférable à raison de ses privilèges ou de ses hypothèques (4).

Lorsqu'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du paiement, il doit être fait au domicile du débiteur. Art. **1247**. Notre texte fait perdre à celui-ci le bénéfice de cette disposition, en l'obligeant dans ce cas à faire les offres réelles au domicile du créancier; la loi rend ainsi *portable* une dette qui était *quérable*. Peut-être eût-il été plus juridique de décider que, dans cette hypothèse, les offres réelles seraient remplacées par une sommation, donnée au créancier, de venir recevoir le paiement au domicile du débiteur (5).

1606. L'art. 584 C. pr. civ. autorise le débiteur à faire les offres réelles au domicile que le créancier est tenu d'élire dans le commandement préalable à la saisie mobilière au lieu où il doit être procédé à l'exécution. Le motif de cette disposition

(1) Le débiteur qui veut se libérer par des offres réelles peut exiger une quittance authentique à dresser dans telle étude de notaire qu'il désigne dans la commune où habite le créancier, et, par conséquent, celui-ci ne saurait prétendre que le débiteur, en faisant les offres sous cette condition, a contrevenu à l'obligation de se libérer au domicile du créancier. — Req , 20 juin 1899, S., 1900. 1. 8, D. P., 99. 1. 591, *Pand. fr.*, 1900. 1. 55.

(2) Trib. civ. Corbeil, 12 mai 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 1. 722. — Quand les offres réelles doivent être faites au domicile élu, notamment en l'étude du notaire désigné, il n'est pas besoin qu'elles soient précédées d'une sommation ou d'un avis au créancier d'être présent au procès-verbal d'offres. — Trib. de Mortain, 2 juin 1897, sous Civ. cass., S., 1900. 1. 26, D. P., 1900. 1. 519.

(3) Caen, 7 juill. 1887, *Journ. not.*, art. 24152.

(4) Req., 24 mars 1884, S., 86. 1. 458, D. P., 84. 1. 274.

(5) Cpr. Demolombe, XXVIII, n. 87.

c'est qu'il importe au débiteur de pouvoir conjurer immédiatement le danger dont il est menacé. Et, en conséquence, dans notre hypothèse, il a le droit de faire les offres réelles au domicile élu dans le commandement, alors même que la convention aurait indiqué un lieu pour le paiement (1), tout en demeurant obligé, cependant, de faire la consignation dans ce dernier lieu (2).

Il est certain que cette disposition s'applique aussi au cas de saisie-brandon, car, aux termes de l'art. 634 C. pr. civ., relatif à cette saisie : « Seront, au surplus, observées les formalités prescrites au titre des *Saisies-exécutions* » (3).

Mais elle ne saurait être étendue au cas de saisie immobilière. L'art. 584, en effet, établit une exception, et, par conséquent, en ce qui le concerne, l'interprétation restrictive s'impose. D'ailleurs, dans le cas de saisie immobilière, l'urgence n'est point aussi grande que dans le cas de saisie mobilière (4).

A plus forte raison ne pourrait-on pas étendre la disposition de l'art. 584 à l'élection de domicile faite dans une inscription hypothécaire (5).

(1) Aubry et Rau, IV, p. 194; Larombière, IV, p. 486 (art. 1258, n. 14); Demolombe, XXVIII, n. 89.

(2) Demolombe et Larombière, *loc. cit.*

(3) Demolombe, XXVIII, n. 90; Garsonnet, *op. cit.*, III, § 587, p. 666, et VI, n. 1317, note 55, p. 316.

(4) *Sic* Merlin, *Répert.*, v° *Saisie immobilière*, § VI, art. 1er, n. 1; Berriat Saint-Prix, *Proc. civ.*, p. 588; Jacob, *Saisie immobilière*, I, p. 329; Deffaux et Harel, *Encyclop. des huissiers*, v° *Offres réelles*, n. 116; Rodière, *Compét. et procéd.*, II, p. 375; Aubry et Rau, IV, p. 194, texte et note 8; Larombière, IV, p. 484 (art. 1258, 13); Demolombe, XXVIII, n. 92-93; Laurent, XVIII, n. 173; Garsonnet, *op. cit.*, IV, § 655, p. 71; Huc, VIII, n. 88, p. 128 *in fine*. — Aix, 24 fév. 1844, S., 44. 2. 333. — Toulouse, 30 juill. 1844, S., 48. 2. 41, D., *Répert.*, v° *Domicile élu*, n. 22. — Rouen, 13 juin 1845, S., 46. 2. 77, D. P., 45. 4. 68. — Civ. rej., 5 mars 1849, S., 49. 1. 645, D. P., 49. 1. 159. — *Contra* Chauveau sur Carré, quest. 2425 *bis*; Persil, *Vente judic.*, n. 74; Colmet d'Aage, sur Boitard, *Leçons de procéd. civ*, II, n. 915. — Nîmes, 23 janv. 1827, S. chr., VIII, 2. 319. — Req., 12 janv. 1842, S., 42. 1. 138, D., *Répert.*, v° *Vente publ. d'imm.*, n. 360. — Bordeaux, 13 juill. 1849, S., 50. 2. 524, D. P., 52. 2. 61.

(5) Aubry et Rau, IV, p. 194; Larombière, IV, p. 487 (art. 1258, n. 14 *in fine*); Demolombe, XXVIII, n. 94; Laurent, XVIII, n. 173; Garsonnet, *op cit.*, VI, n. 1317, n. 55, p. 316; Huc, VIII, n. 89, p. 124. — Grenoble, 20 août 1853, S., 54. 2. 457, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2123. — Civ. rej., 5 déc. 1854, S., 55. 1. 282, D. P., 55. 1. 72.

1607. Il se peut que l'huissier chargé de faire les offres réelles ne trouve personne au domicile du créancier; il y a lieu alors d'appliquer par analogie la disposition de l'art. 68 C. pr. civ. (1). Dans le cas où le créancier demeure hors du territoire continental de la France ou à l'étranger, il convient de se conformer aux dispositions des n. 8 et 9 de l'art. 69 du même code (2).

1608. « 7° *Que les offres soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes.* L'intervention d'un officier public a pour but de faire constater authentiquement les offres et de prévenir ainsi toute contestation sur leur réalité. Ordinairement les offres sont faites par un huissier; mais on admet généralement qu'elles peuvent l'être aussi par un notaire. En effet, celui qui procède à des offres doit faire donner le caractère d'authenticité à l'acte qui les constate, ce qui rentre bien dans la mission des notaires. L. 25 ventôse an XI, art. 1. — *Adde* arg. *à fortiori* tiré de l'art. 173, al. 1, C. comm (3).

Un notaire pourrait même, dans le procès-verbal d'offres par lui dressé, sommer le créancier d'assister à la consignation de la somme offerte, cette sommation n'étant qu'un avertissement (4). Mais il ne saurait donner l'assignation en justice pour entendre déclarer les offres valables, car cette assignation constitue un acte de poursuite (5).

1609. 8° A ces sept conditions il y a lieu d'en ajouter une huitième, qui résulte des art. 812 et 813 du Code de procé-

(1) Duranton, XII, n. 217; Colmet de Santerre, V, n. 203 *bis*-III; Aubry et Rau, IV, p. 194, texte et note 6; Demolombe, XXVIII, n. 88; Laurent, XVIII, n. 171; Huc, VIII, n. 89, p. 123. — Cpr. Larombière, IV, p. 484 (art. 1258, n. 12).

(2) Aubry et Rau, IV, p. 194, note 6 *in fine*; Huc, VIII, n. 89 *in fine*, p. 124.

(3) *Sic* Toullier, VII, n. 201; Marcadé, IV, n. 734; Favard, *Rép.*, v° *Offres réelles*, n. 2; Colmet de Santerre, V, n. 203 *bis*-III; Aubry et Rau, IV, p. 193, note 4; Larombière, IV, p. 488 (art. 1258, n. 16); Demolombe, XXVIII, n. 96; Laurent, XVIII, n. 176; Garsonnet, *op. cit.*, VI, n. 1317, p. 315; Huc, VIII, n. 90. — Lyon, 14 mars 1827, S. chr., VIII, 2. 346, col. 2, et D. *Rép. alph.*, v° *Huissier*, n. 25. — Agen, 17 mai 1836, S., 37. 2. 123, D. P., 37. 2. 101. — Bordeaux, 31 juin 1836, S., 37. 2. 79, D. P., 37. 2. 115. — *Contra* Pigeau, II, p. 642; Delvincourt, II, p. 237; Chauveau sur Carré, quest. 2783; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Offres réelles*, n. 18, et *Journ. du not.*, I, art. 65.

(4) Demolombe, *loc. cit.*

(5) Larombière, Demolombe et Laurent, *loc. cit.*

dure civile, ainsi conçus : « Tout procès-verbal d'offres dési-
» gnera l'objet offert, de manière qu'on ne puisse y en substi-
» tuer un autre; et, si ce sont des espèces, il en contiendra
» l'énumération et la qualité ». — « Le procès-verbal fera
» mention de la réponse, du refus ou de l'acceptation du
» créancier, et s'il a signé, refusé ou déclaré ne pouvoir
» signer ». Copie du procès-verbal doit être laissée au créancier. Arg. art. 59 du tarif du 16 février 1807. Il convient d'ailleurs de compléter la formule de l'art. 813 C. proc. civ., en ce sens que mention doit y être faite ou de la réponse du créancier (cas prévu par le texte) ou de celle de la personne qui avait pouvoir de recevoir pour lui et à laquelle en conséquence, les offres ont été faites.

1610. Quand les offres qui ont lieu dans le cours d'une instance sont faites par le débiteur au créancier, elles demeurent soumises aux formes ordinaires. Mais, lorsqu'elles sont faites soit en dehors de l'audience, par l'avoué du débiteur à celui du créancier, soit à l'audience même et sur la barre, elles présentent certaines particularités.

Dans la première hypothèse, elles peuvent être effectuées dans la forme des actes d'avoué à avoué; mais rappelons qu'aux termes de l'art. 832 C. pr. civ., *aucunes offres* ne peuvent être faites ni acceptées par avoué « sans un pouvoir spécial, à peine de désaveu ».

Quand les offres ont lieu à l'audience même et sur la barre, elles doivent toujours être réelles, ou, suivant le langage de la pratique, « à deniers découverts », sans qu'il y ait à distinguer sur ce point suivant qu'elles émanent du débiteur personnellement ou de son avoué.

D'après la cour de cassation et la plupart des auteurs, les offres ainsi faites sont valables, car il serait inadmissible qu'on ne reconnût pas au jugement qui en donne acte autant de force qu'à un procès-verbal d'huissier ou de notaire (1).

(1) *Sic*, Chauveau sur Carré, *Lois de procéd.*, quest. 2783 et *Supplém.*, *ibid.*, Bioche, *Dict. de procéd.*, v° *Offres réelles*, n. 178; Larombière, IV, p. 489 (art. 1258, n. 19); Demolombe, XXVIII, n. 100; Garsonnet, *op. cit.*, VI, n. 1317, p. 317. — Req., 4 mars 1824, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2060; 2 juillet 1835, D., *op. cit.*, v° *cit.*, n. 2130; 27 juin 1849, S., 49. 1. 694, D. P., 49. 1. 166. — Trib. civ.

Les offres réelles peuvent même être faites en appel pour la première fois. Une demande nouvelle est recevable en appel, aux termes de l'art. 464, al. 1, C. pr. civ., quand elle constitue une défense à l'action principale. Or les offres faites par le débiteur au créancier en cours d'instance sont certainement dans ce cas (1).

Les tribunaux peuvent déclarer de pareilles offres satisfactoires et dire, même en l'absence de toute consignation, que le créancier sera tenu d'en recevoir le montant sous peine de se trouver lui-même constitué en demeure. C'est qu'en effet ces offres constituent, non pas des offres *réelles* au sens de l'art. 1257, mais un moyen de défense (2). Par la même raison, les juges peuvent les valider alors même que le débiteur n'aurait pas offert, outre le principal de la somme due, les intérêts, les frais liquidés et une somme pour les frais non liquidés, sauf à parfaire, ainsi que l'exige l'art. 1258 pour les offres réelles proprement dites (3).

1611. Si le créancier accepte les offres faites par l'officier ministériel, celui-ci paie et retire une quittance. Les frais des offres réelles demeurent alors à la charge du créancier (arg. art. 1260), pourvu toutefois que le débiteur justifie qu'il a fait préalablement des offres verbales au créancier et que celui-ci les a refusées ; car autrement les frais des offres réelles auraient été occasionnés par la faute du débiteur, qui n'est autorisé à employer ce moyen de se libérer qu'au cas de refus du créancier (arg. art. 1257, al. 1), et il serait juste qu'il les supportât.

de Châlon-sur-Saône, 15 janv. 1889, *Le Droit*, 11-12 mars 1889. — Cpr. Huc, VIII, n. 91, p. 124, *in fine*; Laurent, XVIII, n. 174. — V. cependant Pau, 5 avril 1865, S., 65. 2. 241, D. P., 65. 2. 175. — Trib. de Marseille, 31 août 1871, D. P., 73. 5. 340. — Liège, 16 juillet 1879, *Pasicr.*, 80. 2. 216. — Trib. Bruxelles, 9 mars 1887, *Pasicr.*, 87. 3. 265.

(1) Demolombe et Garsonnet, *loc. cit.*

(2) Larombière, Demolombe et Garsonnet, *loc. cit.* — Req., 24 mars 1824, 2 juill. 1835 et 27 juin 1849, précités.

(3) Demolombe, Garsonnet et Huc, *loc. cit.* — Civ. cass., 31 juill. 1889, S., 92. 1. 413, D. P., 90. 1. 108. — Les offres ne seraient nulles que si elles étaient muettes sur ces articles. — Req., 21 mars 1892, S., 93. 1. 229, D. P., 92. 1. 228.

2. *Consignation.*

1612. « Au *refus* du créancier d'accepter les offres », comme l'explique l'art. 1257, le débiteur peut consigner [1]. Ainsi la consignation ne peut avoir lieu que sur le refus par le créancier d'accepter les offres réelles [2]. Mais l'expression *refus* doit être prise ici dans un sens large ; elle signifie simplement *défaut d'acceptation*, et, par conséquent, le silence du créancier ou même son absence justifierait la consignation [3].

« *Il n'est pas nécessaire, pour la validité de la consigna-* » *tion, qu'elle ait été autorisée par le juge* ». Art. 1259 *in princ.* Dans l'ancien droit, un usage contraire avait généralement prévalu, notamment au Châtelet de Paris, mais Pothier se prononçait contre lui [4], et la décision de ce jurisconsulte a été consacrée par le Code : Un jugement d'autorisation ne présenterait aucun avantage, et le retard qu'il occasionnerait aurait pour le débiteur des conséquences préjudiciables [5].

Mais le débiteur qui voudrait ne pas s'exposer à faire un acte inutile, pourrait certainement, avant la consignation, assigner le créancier en justice, pour faire prononcer la validité des offres réelles. Cela résulte des termes de l'art. 815 C. proc. civ. : « La demande qui pourra être intentée, soit en validité, soit en nullité *des offres ou de la consignation,* sera formée d'après les règles établies pour les demandes principales... » [6].

(1) Les réserves que le créancier formule en déclarant accepter les offres n'autorisent point le débiteur à consigner la somme, lorsqu'elles ne constituent ni une condition ni une restriction à l'acceptation, et à plus forte raison lorsqu'elles n'ont aucune relation directe avec les offres et qu'elles se rattachent à un sujet tout différent, notamment à des difficultés auxquelles le débiteur doit demeurer étranger. Civ. cass., 23 janv. 1899, S., 1900. 1. 26, D. P., 1900. 1. 519, *Loi,* 25 janv. 1899. — V. aussi Req., 2 août 1876, S., 77. 1. 306, D. P., 77. 1. 224.

(2) V. une intéressante application de ce principe dans Rouen, 15 nov. 1888, *Rec. de Caen et de Rouen*, 88. 1. 262.

(3) Demolombe, XXVIII, n. 105.

(4) *Oblig.*, n. 578, al 4 (édit. Dupin, I, p. 340 *in fine*).

(5) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs,* Fenet, XIII, p. 273; Locré, XII, p. 374, n. 136.

(6) Duranton, XII, n. 277; Aubry et Rau, IV, p. 195 ; Larombière, IV, p. 492 (art. 1259, n. 5); Demolombe, XXVIII, n. 107; Laurent, XVIII, n. 180, p. 204 ; Huc, VIII, n. 92, p. 126.

Dès que le créancier a refusé les offres, le débiteur est admis à consigner. En fait, il sera généralement porté à le faire le plus tôt possible, car sa libération ne peut résulter des offres que si elles sont *suivies d'une consignation*. Mais, la loi ne fixant pas de délai à cet égard, la consignation ne saurait jamais être tardive; elle peut donc n'intervenir que plus ou moins longtemps après les offres [1].

1613. L'art. 1259 poursuit en ces termes : « Il suffit (pour la validité de la consignation) :

« 1° *Qu'elle ait été précédée d'une sommation signifiée au* » *créancier, et contenant l'indication du jour, de l'heure et du* » *lieu où la chose offerte sera déposée* ».

Grâce aux indications que lui fournit cette sommation, le créancier pourra se présenter au moment où la consignation doit avoir lieu, et empêcher le dépôt en acceptant la chose offerte.

Cette sommation, qui est exigée à peine de nullité de la consignation, peut être faite dans le procès-verbal d'offres, la loi n'exigeant pas qu'on laisse un intervalle entre les offres et la consignation. Elle peut donc émaner du notaire qui a été chargé de procéder aux offres [2]. Elle peut être signifiée aussi bien au domicile élu du créancier qu'à sa personne ou à son domicile réel [3]. Enfin, comme elle ne constitue pas une assignation, on n'est point tenu de la faire au délai des ajournements. Il faut simplement qu'on donne au créancier un temps suffisant pour qu'il puisse se trouver au moment voulu à l'endroit où la consignation doit être effectuée [4].

1614. « 2° *Que le débiteur se soit dessaisi de la chose* » *offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi* » *pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au* » *jour du dépôt* ».

[1] Toullier, VII, n. 333; Aubry et Rau, IV, p. 195, note 14; Larombière, IV, p. 491 (art. 1259, n. 4); Demolombe, XXVIII, n. 112; Laurent, *loc. cit.*

[2] Aubry et Rau, IV, p. 195; Larombière, IV, p. 493 (art. 1259, n. 6); Demolombe, XXVIII, n. 115; Garsonnet, *op. cit.*, VI, n. 1319, p. 321. — Agen, 17 mai 1836, S., 37. 2. 123, *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2128.

[3] Garsonnet, *loc. cit.* — Bordeaux, 28 mars 1835, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2222. — Caen, 6 mars 1848, S., 48. 2. 285, D. P., 49. 2. 32.

[4] Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, XXVIII, n. 116; Garsonnet, *loc. cit.*

Pour les dettes de sommes d'argent, le dépôt doit être effectué dans une caisse spéciale, appelée *caisse des dépôts et consignations,* qui a été créée par la loi du 18 avril 1816 (art. 110 et 111). A Paris, il existe un préposé spécial pour cette caisse ; dans les chefs-lieux de départements, elle est tenue par les trésoriers payeurs généraux, et, dans les chefs-lieux d'arrondissements, par les receveurs particuliers des finances. — La caisse des dépôts et consignations sert, à dater du 61e jour du versement, un intérêt pour les sommes consignées, à un taux fixé par la loi.

1615. « 3° *Qu'il y ait eu procès-verbal dressé par l'officier* » *ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus qu'a* » *fait le créancier de les recevoir, ou de sa non-comparution,* » *et enfin du dépôt* ».

L'officier ministériel, qui dresse ce procès-verbal, n'est pas nécessairement celui par le ministère duquel ont été faites les offres réelles, bien que la loi dise « par l'officier ministériel » et non « par un officier ministériel ». Une pareille exigence ne saurait se justifier (1). Mais il faut que l'acte soit dressé par un officier ministériel qui aurait eu compétence pour rédiger le procès-verbal d'offres. C'est ainsi que la consignation serait certainement nulle si l'acte qui la constate avait été dressé par le préposé à la caisse des dépôts et consignations, car celui ci n'a nullement qualité à cet effet (2).

Le procès-verbal, dit notre texte, doit préciser la « nature des espèces offertes » ; en d'autres termes, il doit en contenir « l'énumération et la qualité », comme dit l'art. 812 C. proc. civ., par conséquent indiquer qu'elles consistent en or, argent ou billets de banque.

On se demande si les espèces consignées doivent être identiquement les mêmes que celles qui ont été offertes. Nous le pensons, car le même article du Code de procédure civile dit encore : « Tout procès-verbal d'offres désignera l'objet offert *de manière qu'on ne puisse y en substituer un autre* ». On peut, d'ailleurs, expliquer cette disposition en disant que le

(1) Aubry et Rau, IV, p. 196, texte et note 18 ; Demolombe, XXVIII, n. 120 ; Laurent, XVIII, n. 184, p. 207 ; Garsonnet, *op. cit.*, VI, n. 1319, p. 323.

(2) Aubry et Rau, Demolombe, Laurent, Garsonnet, *loc. cit.*

législateur l'a écrite en vue de rendre les offres véritablement *réelles*, car, en son absence, l'auteur des offres aurait pu faire un emprunt fictif pour étaler des deniers qu'il aurait compté voir refusés par le créancier [1].

Toutefois, il paraît impossible d'admettre que les juges devraient, dans l'état actuel de notre législation, prononcer la nullité de la consignation, si le créancier, sans y avoir intérêt, la demandait en se fondant exclusivement sur la non identité des deniers [2].

1616. « *4° Qu'en cas de non-comparution de la part du* » *créancier* [3], *le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié* » *avec sommation de retirer la chose déposée* ».

Cette formalité a pour but de faire savoir au créancier que le débiteur a donné suite à ses offres en procédant à la consignation et que sa situation, à lui, créancier, s'est beaucoup aggravée, puisque, d'une part, les intérêts ont cessé de courir, et que, d'autre part, la somme consignée est désormais à ses risques.

La non signification du procès-verbal et de la sommation dont parle notre texte entraînerait la nullité de la consignation, alors même qu'il serait établi que le créancier a été touché par la sommation d'assister au dépôt des deniers [4]. Aucun délai, d'ailleurs, n'est fixé pour la signification prescrite par l'art. 1259-4°. Il est donc toujours temps de faire cette signification.

1617. Dans trois cas le débiteur est autorisé à consigner sans offres réelles préalables : *a*) Le premier est prévu par l'art. 777 C. pr. : l'adjudicataire sur saisie immobilière, qui veut faire prononcer la radiation des inscriptions avant la

(1) Demolombe, XXVIII, n. 123. — *Contra* Larombière, IV, p. 498 (art. 1259, n. 10).

(2) Demolombe, *loc. cit.*

(3) La présence de l'avoué du créancier, mandataire *ad litem*, à la consignation et l'insertion par lui de protestations dans le procès-verbal, dispensent le débiteur de la signification de cet acte et de la sommation de retirer la chose déposée. Caen, 1er fév. 1888, *Rec. de Caen et de Rouen*, 89. 2. 228.

(4) *Sic* Laurent, XVIII, n. 184, p. 207 ; Garsonnet, *op. cit.*, VI, n. 1319, p. 324. — Rennes, 3 juillet 1821, D., *Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2215. — *Contra* Trib. de Lesparre, 9 janvier 1868, D. P., 68. 2. 219.

clôture de l'ordre, doit consigner son prix et les intérêts échus « sans offres réelles préalables ». Ces derniers mots signifient qu'il n'est pas tenu de faire des offres réelles. Il a donc le droit d'en faire, si bon lui semble [1].

1618. *b*) Le second cas est celui où la dette est constatée par un effet à ordre ou au porteur. Une loi du 6 thermidor de l'an III, encore en vigueur aujourd'hui, autorise alors le débiteur à consigner, sans autre forme de procès, si le porteur ne s'est pas présenté dans les trois jours qui suivent celui de l'échéance. Il le fallait bien, car en pareil cas le débiteur sera presque toujours dans l'impossibilité de connaître la personne du titulaire de l'effet, et alors comment lui faire des offres réelles, comment lui adresser la sommation prescrite par l'art. 1259-1°? Le dépôt une fois effectué, le débiteur sera quitte en remettant au porteur l'acte de dépôt en échange de l'effet.

1619. *c*) Quant au troisième cas, il est prévu par l'art. 54 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique : « Il ne sera pas fait d'offres réelles toutes les fois qu'il existera des inscriptions sur l'immeuble exproprié ou d'autres obstacles au versement des deniers entre les mains des ayants droit; dans ce cas, il suffira que les sommes dues par l'administration soient consignées pour être ultérieurement distribuées ou remises selon les règles du droit commun ». Si le législateur a écrit cette disposition, c'est parce qu'il a voulu que la procédure d'expropriation fût terminée promptement et à peu de frais. Mais, lorsque l'exproprié refuse l'indemnité qui lui a été allouée, la loi de 1841, revenant au droit commun, exige que la consignation soit précédée d'offres réelles (art. 53, al. 2).

1620. On va même en général jusqu'à admettre qu'il peut être procédé à la consignation sans offres réelles préalables toutes les fois que le débiteur est dans l'impossibilité de payer valablement entre les mains du créancier, notamment à raison d'une saisie-arrêt ou d'une opposition. Les offres de paiement, dit-on, ne s'expliqueraient pas de la part de celui qui ne sau-

[1] Garsonnet, *op. cit.*, VI, § 1314, p. 303, texte et note 5. — Cpr. Grenoble, 25 nov. 1881, D. P., 82. 2. 184.

rait payer valablement. Mais, d'après nous, la cour de Paris a très bien montré que, dans l'hypothèse, ces offres ont leur raison d'être : « Les offres réelles préalables, a-t-elle dit, ont pour but de mettre le créancier à même de les accepter ou de donner les motifs de son refus, d'établir que les oppositions alléguées n'existent pas, ou de le mettre en mesure d'en rapporter la mainlevée » (1).

B. *Droit d'exception applicable aux dettes de corps certains.*

1621. « *Si la chose due est un corps certain qui doit être* » *livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation* » *au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou* » *à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la* » *convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève* » *pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans le-* » *quel elle est placée, celui-ci pourra obtenir de la justice la* » *permission de la mettre en dépôt dans quelque autre lieu* ». Art. **1264**.

Dans l'hypothèse où se place cet article, c'est-à-dire lorsque la dette a pour objet un corps certain qui doit être payé au lieu où il se trouve, les offres réelles sont remplacées par une sommation adressée au créancier de venir prendre livraison de la chose.

Bien que l'art. **1264** prescrive une sommation, une citation en conciliation ou un ajournement en justice, sans sommation préalable, produirait certainement le même effet, car l'un ou l'autre de ces actes, tout aussi bien que la sommation, constituerait le créancier en demeure ; mais, dans ce cas, si la citation ou l'ajournement n'était pas justifié par un désaccord antérieur, le débiteur s'exposerait à voir les frais retomber sur lui dans la mesure où ils seraient déclarés frustratoires (2).

(1) Paris, 24 déc. 1853, S., 56. 1. 503. — *Sic* Garsonnet, VI, § 1314, p. 303, note 3. — *Contra* Aubry et Rau, IV, p. 193, note 3; Larombière, IV, p. 501 (art. 1259, n. 16); Demolombe, XXVIII, n. 103; Laurent, XVIII, n. 183. — Par un arrêt du 17 janvier 1854, la cour d'Orléans a décidé que, bien qu'en pareil cas des offres réelles ne soient pas possibles, il n'est pas besoin, pour pouvoir consigner, d'obtenir l'autorisation préalable de la justice. S., 56. 2. 500. — V. cep. Toullier, VII, n. 215 *in fine*.

(2) Larombière, IV, p. 513 (art. 1264, n. 2); Demolombe, XXVIII, n. 161.

Le débiteur, qui a fait la sommation, peut s'en tenir là et laisser la chose où elle se trouve, s'il n'a pas besoin de l'emplacement qu'elle occupe. Dans le cas contraire, il demandera à la justice de désigner un autre lieu où il sera autorisé à la déposer; la loi n'a pas pu déterminer ce lieu d'avance, comme elle l'a fait pour les sommes d'argent, parce qu'il variera nécessairement suivant la nature de la chose due.

Ainsi, dans notre hypothèse, les offres réelles sont remplacées par une sommation, et, quant au dépôt de la chose offerte, il est facultatif pour le débiteur.

1622. La loi ne prévoit pas le cas où le corps certain, qui fait l'objet de la dette, doit être livré en un lieu déterminé autre que celui où il se trouve actuellement; mais cette lacune peut être facilement comblée. Le débiteur commencera par transporter la chose au lieu où elle doit être livrée; cela fait, il sera désormais débiteur d'un corps certain payable au lieu où il se trouve, et il n'y aura qu'à appliquer pour le surplus l'art. **1264** (1).

Si, d'après la convention, le corps certain, qui fait l'objet de l'obligation, doit être livré au domicile du créancier, alors on se trouve tout à fait en dehors des prévisions de l'art. **1264**. Nous croyons que dans cette hypothèse le débiteur devrait, conformément à l'art. **1257**, qui, ainsi que nous l'avons expliqué, contient le droit commun de la matière, faire des offres réelles au domicile du créancier, par conséquent y faire transporter la chose, et, au cas du refus du créancier de la recevoir, faire désigner par la justice un lieu où il sera autorisé à la déposer (2).

1623. S'il s'agit d'une dette alternative et que le choix appartienne au créancier, le débiteur devra faire sommation à celui-ci de choisir l'une des choses et de l'enlever. Puis, en cas de refus, il devra assigner le créancier en justice pour faire ordonner que le choix, faute d'être par lui fait, le sera par les juges ou par telle personne qu'ils désigneront à cet

(1) Colmet de Santerre, V, n. 208 *bis*-I *in fine*; Aubry et Rau, IV, p. 196; Larombière, IV, p. 512 (art. 1264, n. 1); Laurent, XVIII, n. 190.

(2) Colmet de Santerre, V, n. 208 *bis*-II; Demolombe, XXVIII, n. 170; Laurent, *loc cit.* — Cpr. Marcadé, IV, n. 744.

effet et que l'objet ainsi choisi sera déposé en un lieu déterminé par le tribunal [1].

1624. Il résulte des termes mêmes de l'art. 1264 que ce texte ne concerne pas le cas où le débiteur d'un immeuble veut se libérer et qu'il se heurte à la résistance du créancier. En pareille hypothèse, le débiteur peut sommer le créancier de recevoir la tradition, et, faute par ce dernier de déférer à cette sommation, il peut l'assigner en justice pour faire ordonner le séquestre de l'immeuble dû [2].

1625. Le droit commun nous paraît également applicable aux dettes de choses indéterminées autres qu'une somme d'argent.

Il s'agit par exemple d'une dette de 20 hectolitres de froment, de 500 kilogrammes de sucre, de 10 barriques de vin. Le créancier refuse de recevoir ce qui lui est dû, et le débiteur veut se libérer; comment procédera-t-il? D'après une opinion qui compte de nombreux suffrages, le débiteur devrait commencer par individualiser la chose qu'il entend payer, par exemple en faisant enfermer dans des sacs le blé qu'il destine à son créancier; sa dette se trouvant ainsi transformée en une dette de corps certain, il y aurait lieu d'appliquer l'art. 1264, c'est-à-dire que les offres réelles seraient remplacées par une sommation, donnée au créancier de venir prendre livraison de la chose et que, faute par lui d'obtempérer à cette sommation, le débiteur pourrait conserver la chose au lieu où il l'a placée, ou se faire autoriser par la justice à la déposer ailleurs. Cpr. art. 1961-3°.

Mais comment admettre que le débiteur puisse ainsi, de sa propre autorité, transformer sa dette d'une chose indéterminée en une dette de corps certain? Pour être opposable au créancier, cette transformation devrait avoir obtenu son assentiment: car enfin c'est la volonté commune des parties qui a déterminé la nature de la dette, et cette volonté commune paraît nécessaire pour la changer. Il ne dépend donc pas de la seule volonté d'un débiteur de quantité de devenir débiteur d'un corps certain, et, par suite, ce débiteur ne peut

[1] Larombière, IV, p. 512 (art. 1264, n. 1); Demolombe, XXVIII, n. 171.
[2] Larombière, IV, p. 515 *in fine* (art. 1264, n. 8); Demolombe, XXVIII, n. 172.

pas invoquer l'art. 1264. Ce texte écarté, il ne reste plus qu'à appliquer le droit commun. Or il conduit à décider que le débiteur devra faire des offres réelles au créancier, c'est-à-dire lui présenter effectivement la chose qu'il lui destine, et, si le créancier refuse de la recevoir, la consigner en un lieu qu'il fera désigner par la justice. C'est bien là le droit commun. En effet l'art. 1257 pose le principe des offres réelles et de la consignation dans les termes les plus généraux : il dit que le débiteur, pour se libérer envers son créancier qui refuse de recevoir, doit faire des offres réelles et consigner la somme ou la *chose* offerte. Le principe ne s'applique donc pas seulement aux dettes de sommes d'argent, mais à toutes les dettes en général. Cette induction est confirmée par l'art. 812 du Code de procédure civile qui dispose que : « Tout » procès-verbal d'offres désignera l'*objet* offert..., et, *si ce sont* » *des espèces*, il en contiendra l'énumération et la qualité ». C'est dire clairement que les offres réelles peuvent être nécessaires pour des choses autres que des sommes d'argent. La règle est donc que le débiteur doit, pour se libérer envers son créancier qui refuse de recevoir, faire des offres réelles et consigner, et cette règle devra s'appliquer dans tous les cas où il n'existera pas un texte spécial qui y déroge. Or l'art. 1264, qui autorise le débiteur à remplacer les offres réelles par une sommation et le dispense de la nécessité de consigner, n'est relatif qu'à l'hypothèse où la dette a pour objet un corps certain payable au lieu où il se trouve. Donc, en dehors de cette hypothèse, les offres réelles et la consignation sont nécessaires, conformément au droit commun. — Il est vrai qu'au point de vue pratique la solution à laquelle nous adhérons présente un grave inconvénient ; elle oblige quelquefois le débiteur à transporter à grands frais au domicile du créancier des marchandises encombrantes et susceptibles d'être détériorées ; mais cet inconvénient, qui aurait peut-être dû déterminer le législateur à édicter une autre règle pour ce cas, n'autorise pas l'interprète à modifier celle qu'il trouve établie (1).

(1) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 208 *bis*-III ; Mourlon, II, n. 1388 ; Laurent,

C. *Obligations de faire ou de ne pas faire.*

1626. La procédure des offres réelles et de la consignation est, par la nature même des choses, étrangère aux obligations qui ont pour objet un fait ou une abstention. Comment le débiteur d'une pareille obligation peut-il se libérer quand il y a refus de la part du créancier ? En l'absence de dispositions spéciales, nous devons répondre en nous inspirant des principes généraux et en raisonnant par analogie. Le débiteur peut adresser au créancier une sommation indiquant les jour, heure et lieu où il offre d'exécuter l'obligation. Cet acte, il est vrai, ne saurait équivaloir à l'exécution ; mais il a pour effet, d'une part, de faire cesser pour le débiteur toutes les conséquences de la mise en demeure, et, d'autre part, de mettre à la charge du créancier, comme frustratoires, tous les frais de poursuite qu'il ferait postérieurement à la sommation.

Si le créancier ne comparaît pas aux jour, heure et lieu indiqués dans cet acte et que son concours soit nécessaire pour l'accomplissement de la prestation, le débiteur pourra l'assigner en justice pour le faire condamner à se prêter à l'exécution et pour obtenir, au besoin, la résolution du contrat, sans préjudice des dommages-intérêts dans l'un et dans l'autre de ces cas [1].

II. *Effets des offres réelles suivies de consignation.*

1627. Les offres réelles suivies de consignation ne sont pas un paiement, le paiement supposant l'acceptation du créancier qui ne peut pas devenir propriétaire contre son gré. Mais elles *tiennent lieu de paiement*. Art. 1257, al. 2. Il en résulte : 1° que, si la chose due est une somme d'argent, les intérêts cessent de courir ; 2° que la chose ainsi consignée *demeure* aux risques du créancier : ce qui signifie qu'elle

XVIII, n. 191 ; Huc, VIII, n. 92. — *Contra* Toullier, VII, n. 212 ; Duranton, XII, n. 221 ; Marcadé, IV, n. 745 ; Aubry et Rau, IV, p. 196 ; Larombière, IV, p. 512 (art. 1264, n. 1) ; Demolombe, XXVIII, n. 176 ; Thiry, III, n. 70, p. 91 *in fine*.

[1] Larombière, IV, p. 516 (art. 1264, n. 9) ; Demolombe, XXVIII, n. 178-180. — Cpr. Huc, VIII, n. 100, p. 134.

passe aux risques de ce dernier, si elle n'y était déjà. Tout cela revient à dire que le débiteur est libéré par des offres réelles suivies de consignation, et c'est effectivement ce que commence par dire l'art. 1257, al. 2.

1628. La libération du débiteur ne date que de la consignation, et non des offres réelles, comme l'ont soutenu quelques auteurs. Dans cette dernière opinion, on considère la consignation comme n'étant qu'une condition suspensive à la réalisation de laquelle serait subordonnée l'efficacité des offres réelles, et qui, une fois accomplie, produirait un effet rétroactif au jour des offres. Arg. art. 1179. Cette manière de voir est principalement fondée sur ces mots de l'art. 1257, al. 2 : « Les offres réelles *suivies* d'une consignation libèrent le débiteur » ; donc, dit-on, ce sont *les offres* qui libèrent le débiteur, sous la condition qu'il consignera. Mais cette induction se trouve démentie par ce que dit le législateur quelques lignes plus loin : « la chose *ainsi consignée* demeure aux risques du créancier ». S'il était vrai, comme on le prétend, que le débiteur est libéré par les offres, sous la condition suspensive de la consignation, les risques pendant le temps intermédiaire entre les offres et la consignation devraient être au compte du créancier, en vertu de l'effet rétroactif de la condition accomplie. D'autre part, si la théorie que nous combattons était fondée, il en résulterait que les intérêts devraient cesser de courir à la charge du débiteur à compter du jour des offres ; or, l'art. 1259-2° dit très positivement qu'ils courent *jusqu'au jour du dépôt,* et c'est ce que dit également, en termes un peu différents, il est vrai, l'art. 816 du Code de procédure civile : « Le jugement qui déclare les offres valables... prononcera la cessation des intérêts du jour de la » *réalisation* », c'est-à-dire du jour du *dépôt* (1), ainsi que l'a expliqué très positivement Tarrible (2). Cette déclaration caté-

(1) *Sic* Delvincourt, II, p. 547 ; Duranton, XII, n. 225 ; Marcadé, IV, n. 731 ; Favard, *Répert.*, v° *Offres réelles*, n. 10 ; Colmet de Santerre, V, n. 202 *bis*, III ; Aubry et Rau, IV, p. 197, note 25 ; Larombière, IV, p. 493 (art. 1259, n. 7) ; Demolombe, XXVIII, n. 143-145 ; Laurent, XVIII, n. 200 ; Huc, VIII, n. 94 ; Planiol, II, n. 476. — Bruxelles, 4 août 1868, *Pasicr.*, 69. 2. 32. — *Contra* Toullier, VII, n. 225-226.

(2) Locré, XXIII, p. 166-167.

gorique du rapporteur de la loi ne permet pas, ce semble, d'équivoquer sur le sens du mot *réalisation*, et de soutenir, comme on l'a fait, que la loi prend ici ce mot dans le sens spécial que lui donnait la jurisprudence du Châtelet de Paris, comme désignant la *réitération des offres faite à l'audience*. D'autant plus qu'on se trouverait ainsi conduit à reconnaître que le Code de procédure a modifié sur ce point le Code civil ; or le rapporteur de la loi a encore affirmé positivement le contraire ([1]).

1629. Cependant les offres réelles peuvent, indépendamment de toute consignation, produire certains effets. Le débiteur, qui, par exception, doit être constitué en demeure par la simple échéance du terme, peut, au moyen d'offres réelles faites avant cette échéance, prévenir sa mise en demeure ([2]). De plus, lorsque, à l'expiration d'un certain délai, le débiteur doit encourir une déchéance ou l'application d'une clause pénale, il lui suffit, pour l'éviter, de procéder à des offres réelles avant que ce délai soit écoulé ([3]).

Enfin, lorsque le débiteur se trouve déjà constitué en demeure, les offres, si l'obligation a pour objet un corps certain, purgent la demeure, et, par suite, le débiteur est ainsi déchargé des risques, et il cesse, pour l'avenir, d'encourir des dommages-intérêts. Pour obtenir ce résultat, en effet, le débiteur d'un corps certain n'est point tenu de consigner la chose due. Il lui suffit de sommer le créancier de la retirer. Quant à la consignation, il n'a besoin d'y procéder que s'il veut s'exonérer de l'obligation de conserver la chose due. Arg. art. 1264 ([4]).

1630. L'acquisition de la propriété supposant la volonté d'acquérir, il en résulte, nous l'avons déjà dit, que les offres

([1]) *Sic* Delvincourt, Duranton, Demolombe, *loc. cit.* ; Colmet de Santerre, V, n. 202 *bis*-IV ; Aubry et Rau, IV, p. 198, note 26 ; Larombière, IV, p. 495 (art. 1259, n. 8) ; Laurent, XVIII, n. 199. — Bordeaux, 16 janv. 1833, S., 33. 2. 180. — *Contra* Merlin, *Répert.*, v° *Intérêts*, § 7, n. 41 ; Pigeau, *Procéd. civ.*, II, p. 503.

([2]) Aubry et Rau, IV, p. 197 ; Demolombe, XXVIII, n. 137 ; Thiry, III, n. 68, p. 90.

([3]) Aubry et Rau, IV, p. 196 *in fine* ; Demolombe, XXVIII, n. 138 ; Thiry, *loc. cit.*

([4]) Aubry et Rau, IV, p. 197, texte et note 24 ; Larombière, IV, p. 472 (art. 1257, n. 10). — Cpr. Thiry, *loc. cit.*

réelles et la consignation ne suffisent pas pour transférer la propriété au créancier; car, si elles impliquent une volonté de sa part, c'est plutôt celle de ne pas devenir propriétaire de la chose consignée; or *dominium invito non acquiritur*. Le créancier ne deviendra propriétaire de cette chose que lorsqu'il pourra être considéré comme ayant eu la volonté de le devenir, c'est-à-dire, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, à dater du jour où la consignation sera acceptée par lui ou réputée telle. Jusque-là le débiteur conservera la propriété de la chose consignée, à supposer qu'elle lui appartînt avant cette époque. L'art. **1261** tire une conséquence importante de ce principe : « *Tant que la consignation n'a point été* » *acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer; et s'il* » *la retire, ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point libé-* » *rés* ». Voyez aussi l'avis du conseil d'Etat du 16 mai 1810, aux termes duquel le receveur de la caisse, où la consignation a été faite, est tenu de rendre la somme consignée au débiteur qui en réclame la restitution, toutes les fois qu'il n'existe aucune acceptation ou opposition dûment signifiée (1).

On voit que la libération du débiteur qui a consigné n'est que conditionnelle; elle est subordonnée à cette condition, qu'il ne retirera pas sa consignation; s'il la retire, la dette est considérée comme n'ayant jamais été éteinte, et, par suite, l'engagement des codébiteurs ou des cautions subsiste.

1631. A notre avis les créanciers du débiteur ne pourraient pas exercer en son nom la faculté qui lui appartient de retirer la chose consignée. Le droit dont il s'agit doit être considéré comme attaché à la personne du débiteur. Celui-ci est libéré par les offres suivies de consignation. Sans doute il lui est permis d'anéantir celle-ci et de faire revivre sa dette; mais la question de savoir s'il convient qu'il exerce cette faculté est de telle nature qu'elle ne peut être résolue que par lui seul. Les oppositions que les créanciers du débiteur formeraient sur la chose consignée, ne peuvent donc produire d'effet que s'il consent au retrait (2).

(1) Trib. civ. Seine, 28 fév. 1899, *Droit*, 30 juill. 1899.

(2) *Sic* Larombière, IV, p. 507 (art. 1261, n. 2); Aubry et Rau, IV, p. 199, texte et note 32; Laurent, XVIII, n. 207; Huc, VIII, n. 95, p. 130. — Dijon, 22 déc. 1897,

Les créanciers de celui pour le compte duquel la consignation a été faite peuvent, d'après une doctrine unanime, l'accepter en son nom, dans la mesure de leurs droits, et, en conséquence, ils sont admis à saisir-arrêter la chose consignée (1).

1632. Nous avons dit par anticipation que, lorsque le créancier a accepté la consignation, il en devient propriétaire. La dette est alors définitivement éteinte, comme elle le serait par un paiement fait directement entre les mains du créancier (2). Par suite les codébiteurs et les cautions sont définitivement libérés; ils n'ont plus à craindre, comme dans l'hypothèse précédente, de voir leur engagement revivre par un retrait de la consignation. D'autre part, tous les accessoires de la dette, tels que privilèges ou hypothèques, sont définitivement éteints.

A l'acceptation du créancier, la loi assimile le jugement passé en force de chose jugée, qui déclare la consignation bonne et valable : ici encore l'obligation sera donc définitivement éteinte avec tous ses accessoires.

1633. Dans l'un et l'autre cas, le débiteur ne peut certainement plus retirer sa consignation sans le consentement du créancier; car il a perdu tout droit sur la chose consignée. En fait cependant, le débiteur peut éluder cette règle, tant que l'acceptation du créancier ou le jugement qui déclare la consignation bonne et valable n'ont pas été notifiés au receveur de la caisse où la consignation a été faite. Le créancier a donc intérêt à faire cette notification pour rendre la consignation irrévocable en fait comme elle l'est en droit.

Toutefois, la volonté des parties étant souveraine tant qu'elles ne veulent rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, il est certain que le créancier pourrait, renonçant au droit que son acceptation lui a fait acquérir sur la chose consignée, consentir à ce que le débiteur retire sa con-

D. P., 98. 2. 351, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 367. — *Contra* Duranton, XII, n. 237-238; Colmet de Santerre, V, n. 206 *bis*-I; Demolombe, XXVIII, n. 149.

(1) Duranton, XII, n. 239; Larombière, Aubry et Rau, Laurent, *loc. cit.*; Demolombe, XXVIII, n. 155; Huc, VIII, n. 95 *in fine*.

(2) Dijon, 22 déc. 1897, précité.

signation; car rien n'empêche le créancier de se dessaisir du droit qui lui est désormais acquis sur la chose consignée, et pourquoi ne pourrait-il pas le faire au profit du débiteur qui a fait la consignation, aussi bien qu'au profit de tout autre? Mais, qu'on le remarque bien, le retrait ainsi opéré ne fera pas revivre la dette que la consignation a définitivement éteinte, ni par suite l'engagement des codébiteurs ou des cautions et les autres accessoires de la dette, tels que privilèges ou hypothèques. Seulement le retrait, en supposant que le créancier ne l'ait pas autorisé *donationis causa,* pourra faire naître, à la charge du débiteur qui l'effectue, une nouvelle dette, pour laquelle il sera libre au créancier de stipuler telles garanties qu'il jugera convenable. Ce seront des garanties nouvelles; car les anciennes sont définitivement éteintes, comme la dette à laquelle elles étaient attachées, et il n'est pas au pouvoir des parties de les faire revivre. Ainsi notamment, si la dette, définitivement éteinte par la consignation, était garantie par une hypothèque, le créancier pourra bien stipuler, pour la nouvelle créance que fait naître à son profit le retrait de la consignation, une nouvelle hypothèque; mais elle ne prendra rang qu'à dater de son inscription, sans qu'il soit possible aux parties de lui assigner, au préjudice des autres créanciers inscrits sur l'immeuble, le rang qu'avait la première hypothèque.

Nous venons d'analyser les art. 1262 et 1263, ainsi conçus :

Art. 1262. *Lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée, qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer sa consignation au préjudice de ses codébiteurs ou de ses cautions.*

Art. 1263. *Le créancier qui a consenti que le débiteur retirât sa consignation après qu'elle a été déclarée valable par un jugement qui a acquis force de chose jugée, ne peut plus pour le paiement de sa créance exercer les privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés : il n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée aura été revêtu des formes requises pour emporter l'hypothèque.*

III. *Frais des offres réelles et de la consignation.*

1634. « *Les frais des offres réelles et de la consignation* » *sont à la charge du créancier, si elles sont valables* ». Art. **1260**. Il est de toute justice que ces frais soient à la charge de celui par la faute duquel ils ont été occasionnés (1). Mais il résulte de ce motif même qu'ils n'incomberaient pas au créancier, si celui-ci n'avait pas, avant les offres réelles, refusé le paiement, car, dans ce cas, on ne pourrait pas dire qu'il les a rendus nécessaires (2).

De plus, quand le débiteur retire la chose consignée, c'est lui qui doit supporter les frais. Alors, en effet, il révoque les offres et la consignation, et l'on ne saurait faire supporter par le créancier les frais d'une procédure qui se trouve, par la volonté du débiteur, être devenue inutile (3).

Enfin les frais dont il s'agit dans l'art. **1260** ne peuvent jamais comprendre ceux de paiement, qui, en vertu de la disposition de l'art. **1248**, doivent être mis à la charge du débiteur.

Mais, bien entendu, le créancier devrait supporter tous les frais déjà faits, alors même qu'il reviendrait sur son injuste refus et consentirait à recevoir avant que la consignation fût effectuée (4).

§ V. *De la cession de biens.*

1635. « *La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur* » *fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se trouve* » *hors d'état de payer ses dettes* ». Art. **1265**. L'abandon dans lequel consiste la cession de biens, n'est pas un abandon de la propriété, mais seulement de la possession des biens, ainsi qu'on le verra tout à l'heure. Le débiteur demeure propriété-

(1) Civ. rej., 28 juin 1892, D. P., 92. 1. 383. — Le créancier pourrait même, à raison de son injuste refus, être condamné à des dommages-intérêts envers le débiteur. — Req., 13 juil. 1881, S., 83. 1. 272.

(2) Laurent, XVIII, n. 213 ; Huc, VIII, n. 99 *in fine*, p. 134.

(3) Laurent, XVIII, n. 214 *in fine*, p. 238.

(4) Colmet de Santerre, VIII, 205 *bis*-II ; Demolombe, XXVIII, n. 133 ; Laurent XVIII, n. 213.

taire de ses biens; seulement l'abandon qu'il en fait à ses créanciers les autorise à les faire vendre pour se payer sur le prix.

« *La cession de biens est volontaire ou judiciaire* ». Art. **1266**. Mais, qu'elle présente l'un ou l'autre de ces caractères, elle doit comprendre *tous* les biens du débiteur. L'art. **1265** le dit formellement. Si le débiteur n'abandonnait qu'une partie de ses biens, il y aurait, non pas cession de biens, mais dation en paiement [1].

Toutefois, comme la cession comprend seulement, du moins en principe, ce que les créanciers auraient pu saisir, elle ne s'applique pas aux choses que la loi déclare insaisissables. Il en est ainsi, non seulement pour la cession judiciaire, mais aussi pour la cession conventionnelle, lorsque le contrat est muet sur la question [2].

Nous allons traiter successivement de la cession volontaire et de la cession judiciaire.

N° 1. De la cession volontaire.

1636. « *La cession de biens volontaire est celle que les créan-* » *ciers acceptent volontairement, et qui n'a d'effet que celui* » *résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux* » *et le débiteur* ». Art. **1267**.

On donne quelquefois à la cession volontaire le nom d'*abandonnement*. La cession volontaire est le résultat d'une convention librement discutée entre le débiteur et ses créanciers; tout dépend donc de la volonté des contractants, qui peuvent en régler les effets comme ils l'entendent. Comme toute autre convention, elle ne produit d'effet qu'entre les parties; ceux des créanciers qui y seraient demeurés étrangers ne pourraient donc pas l'invoquer, de même qu'on ne pourrait pas la leur opposer. Arg. art. **1165**. Ils auraient donc le droit,

(1) Duranton, XII, n. 246; Laurent, XVIII, n. 216 et 218; Huc, VIII, n. 101, p. 135. — Bruxelles, 4 septembre 1819, S. chr., VI, 2. 141, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2300-2°. — *Contra* (en ce qui concerne la cession volontaire) Larombière, IV, p. 528 (art. 1266-1267, n. 8); Demolombe, XXVIII, n. 194.

(2) Duranton, XII, n. 258; Larombière, IV, p. 528 (art. 1266-1267, n. 8); Demolombe, XXVIII, n. 194 *bis*; Laurent, XVIII, n. 217.

nonobstant le contrat de cession, de saisir les biens et de les faire vendre.

Habituellement il est stipulé, dans la cession, qu'elle ne sera valable que si tous les créanciers l'acceptent. Elle est alors conditionnelle, et, par suite, il suffit qu'il y ait un créancier dissident pour qu'elle ne se réalise pas.

La cession de biens conventionnelle étant simplement un contrat passé entre le débiteur et les créanciers, tous les débiteurs, même ceux qui ne sont pas « malheureux et de bonne foi », suivant les expressions de l'art. **1268**, et ne seraient-ils pas contraignables par corps, sont admis à faire cette cession, si les créanciers y consentent. On doit toutefois excepter de cette règle les commerçants faillis. Art. 541 C. comm.

1637. Par la cession volontaire, le débiteur abandonne tous ses biens à ses créanciers, en leur conférant le mandat irrévocable de les vendre ou faire vendre, en vue de se payer sur le prix suivant leurs droits respectifs. On évite ainsi les frais d'une expropriation forcée, qui diminueraient d'autant le gage commun des créanciers, et, de plus, on peut espérer que les biens seront vendus dans de meilleures conditions.

Nous disons que le mandat conféré par le débiteur à ses créanciers est irrévocable. Il est donné, en effet, non seulement dans l'intérêt du mandant, mais aussi dans celui des mandataires. Il constitue, par suite, une condition du contrat d'abandonnement, et ne saurait être révoqué par la seule volonté de l'une des parties. Art. **1134**, al. **2** (1).

1638. Le débiteur qui fait cession de ses biens à ses créanciers, ne leur abandonne que la *possession* pour qu'ils puissent les réaliser et se payer sur le prix (2). S'il leur en abandonnait la propriété, il y aurait dation en paiement (3). Les lois fiscales ont tenu compte de cette différence capitale entre

(1) Aubry et Rau, VIII, p. 495. — Cpr. Demolombe, XXVIII, n. 199-200; Mourlon, II, n. 1391 *bis*.

(2) Grenoble, 21 janvier 1896, D. P., 97. 2. 102.

(3) Laurent, XVIII, n. 228 et 239. — V. cep. Aubry et Rau, IV, p. 495; Larombière, IV, p. 524 (art. 1266-1267, n. 4 ; Demolombe, XXVIII, n. 196-197.

la cession de biens et la dation en paiement. La première, qui ne transfère que la possession des biens n'est soumise qu'au droit fixe de 5 francs (loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 4-1°); tandis que la dation en paiement, qui contient une aliénation, est soumise au droit proportionnel qui frappe toutes les mutations (même loi, art. 69, §§ 5-1° et 7-1°).

Le débiteur conservant la propriété des biens qu'il a abandonnés à ses créanciers par la cession volontaire, il en résulte : 1° qu'il peut, jusqu'à la vente, les reprendre, à la charge de payer toutes ses dettes; il faut supposer pour cela que quelque événement inattendu est venu remettre le débiteur à la tête de ses affaires : ce qui arriverait par exemple si une riche succession lui était échue; 2° que si, par impossible, la vente des biens du débiteur produit une somme supérieure à celle qui est nécessaire pour acquitter toutes ses dettes, l'excédent lui appartient.

Ces deux solutions devraient être rejetées si le débiteur, au lieu d'abandonner simplement à ses créanciers la possession de ses biens, leur en avait transféré la propriété au moyen d'une dation en paiement.

1639. Le débiteur peut-il, nonobstant la cession de biens, hypothéquer les immeubles abandonnés? Un point est hors de doute, c'est qu'un des créanciers qui ont été parties au contrat, ne serait pas admis à se prévaloir à l'encontre des autres d'une hypothèque obtenue par lui ultérieurement sur un des immeubles compris dans la cession. Les créanciers qui ont figuré à l'abandonnement se sont engagés les uns envers les autres à ne point modifier la situation qui leur était faite par ce contrat.

La question ne peut se poser qu'en ce qui regarde les hypothèques constituées au profit de créanciers qui n'ont pas concouru à l'abandonnement. Rappelons d'abord que, selon nous, au cas de cession de biens, il n'y a jamais qu'abandon de la possession [1]. Cela posé, notre question nous paraît comporter la solution suivante : sans doute, en conférant des

[1] Quand la propriété a été transférée aux créanciers, il est certain que le débiteur n'a plus la capacité d'hypothéquer les immeubles abandonnés, mais alors il y a, non pas cession de biens proprement dite, mais dation en paiement.

hypothèques dans ces conditions, le débiteur a violé la loi du contrat, car il s'était obligé à respecter la situation que l'abandonnement avait faite aux créanciers bénéficiaires. Ceux-ci pourront, en conséquence, poursuivre la résiliation de ce contrat. Mais on ne saurait en conclure que les hypothèques dont nous parlons sont nulles. Le débiteur, en effet, n'a pas cessé d'être propriétaire; il a donc conservé la capacité d'aliéner les immeubles abandonnés et, par suite, celle de les hypothéquer. Ne devons-nous pas admettre, d'ailleurs, que, si le législateur avait entendu frapper de nullité les hypothèques dont il s'agit, il aurait organisé un système de publicité destiné à avertir les tiers [1]?

1640. On s'accorde à décider que les fruits des immeubles abandonnés sont immobilisés de plein droit pour être distribués, comme le prix des immeubles eux-mêmes, par ordre d'hypothèque [2]. Cette conséquence pourrait toutefois être exclue ou modifiée par le contrat d'abandonnement.

1641. Mais, après la cession, les créanciers hypothécaires sont-ils tenus, pour conserver leurs droits de préférence, les uns à l'égard des autres, de renouveler leurs inscriptions dans le délai fixé par l'art. 2154? Nous ne croyons pas que la dispense du renouvellement résulte de plein droit de la cession, car cette dispense suppose que l'hypothèque a produit son effet, c'est-à-dire que le droit des créanciers hypothécaires a été reporté de la chose sur le prix, et il n'en est pas ainsi au cas de contrat d'abandonnement. Mais les parties pourraient, d'après nous, par une clause spéciale, déroger à ce principe, alors même qu'il s'agirait d'une cession de biens proprement dite, c'est-à-dire d'un simple abandon par

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des priv. et hyp.*, II, n. 1341. — *Sic* Aubry et Rau, III, p. 272, texte et note 38; Laurent, XXX, n. 495, p. 457-459; Guillourd, *Tr. des priv. et des hyp.*, II, n. 982, p. 461; Gillard, *De l'hyp. convent.*, n. 200. — *Contra* Merlin, *Rép.*, v° *Inscrip. hyp.*, § 4, n. 6; Persil, *Rég. hyp.*, II, sur l'art. 2146, n. 10; Grenier, I, n. 124; Pont, II, n. 621. — V. aussi Colmet de Santerre, V, n. 214 *bis*; Mourlon, n. 1391 *bis*.

(2) Toullier, VII, n. 239; Aubry et Rau, VIII, p. 496; Larombière, IV, p. 524 (art. 1266-1267, n. 3 *in fine*); Demolombe, XXVIII, n. 207. — Grenoble, 20 juill. 1843, S., 44. 2. 639, D. P., 45. 2. 16. — Limoges, 13 mars 1869, sous Civ. rej., 30 mars 1870, S., 70. 1. 287, D. P., 70. 1. 217.

le débiteur de la possession de ses biens à ses créanciers [1].

Cette question, d'ailleurs, ne peut se poser que pour les créanciers qui ont figuré dans le contrat de cession.

1642. Quant au point de savoir si les créanciers qui n'ont pas requis inscription avant l'abandonnement, peuvent le faire postérieurement à celui-ci, il faut, en principe, selon nous, adopter l'affirmative, sans distinguer, d'ailleurs, suivant que les créanciers ont été parties ou non au contrat de cession. L'art. 2146 est particulier à la faillite. On ne saurait donc l'étendre à l'abandonnement. Toutefois, les juges interprétant souverainement la convention, peuvent décider que, d'après la volonté des parties, les inscriptions prises depuis la cession par certains des créanciers qui l'ont acceptée, ne doivent pas produire d'effet à l'encontre des autres [2].

1643. La question de savoir si les créanciers, après avoir vendu tous les biens du débiteur qui leur en a fait cession volontaire, conservent le droit d'agir, pour ce qui leur reste encore dû, sur les nouveaux biens que le débiteur pourra acquérir, dépend des termes du contrat d'abandonnement. Dans le silence du contrat, il nous semble que les créanciers doivent conserver leur recours. Nous ne saurions admettre, comme le font quelques auteurs, que la cession, à défaut de réserve, emporte la remise virtuelle de ce qui restera dû aux créanciers une fois qu'ils auront touché le prix des biens abandonnés [3].

1644. Il ne faut pas, disent tous les auteurs, confondre

(1) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des priv. et des hyp.*, III, n. 1784. — Cpr. en sens divers Aubry et Rau, III, p. 375; Larombière, IV, p. 526 (art. 1266-1267, n. 6); Demolombe, XXVIII, n. 209; Laurent, XVIII, n. 227; Guillouard, *op. cit.*, III, n. 1367, p. 288.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, II, n. 1570. — *Sic* Persil, *op. cit.*, II, art. 2146, n. 10; Troplong, *Des priv. et hyp.*, III, n. 662; Pont, *Des priv. et hyp.*, II, n. 877; Martou, *Des priv. et hyp.*, III, n. 1047; Aubry et Rau, III, p. 332 *in fine* et p. 333, texte et note 28; Guillouard, *op. cit.*, III, n. 1141, p. 87. — Cpr. Laurent, XXXI, n. 25. — *Contra* Merlin, *Rép.*, v° *Inscrip. hyp.*, § IV, n. 6; Grenier, *Des hyp.*, I, n. 124; Demolombe, XXVIII, n. 210.

(3) *Sic* Toullier, VII, n. 243; Aubry et Rau, VIII, p. 496; Larombière, IV, p. 527 (art. 1266-1267, n. 7); Demolombe, XXVIII, n. 204; Huc, VIII, n. 101, p. 136. — *Contra* Duranton, XII, n. 243; Sebire et Carteret, *Encycl. du dr.*, v° *Cession de biens*, n. 25; Laurent, XVIII, n. 232-233.

avec la cession volontaire ou contrat d'*abandonnement* le contrat d'*atermoiement,* par lequel les créanciers accordent au débiteur des délais pour se libérer. La recommandation paraît presque inutile, tant ces deux choses se ressemblent peu. On ajoute qu'il ne faut pas davantage confondre la cession volontaire avec le concordat. Ces deux contrats ne sont point régis par les mêmes principes, et, notamment, dans le contrat d'abandonnement, les décisions de la majorité n'ont pas pour effet, comme dans le concordat, de lier la minorité.

N° 2. De la cession judiciaire.

1645. La cession judiciaire est appelée aussi cession *forcée*, parce que, à la différence de la cession volontaire, elle peut être imposée aux créanciers. Elle tire son origine de la *cessio bonorum* du droit romain. Celle-ci fut, sinon introduite, du moins établie à titre permanent par une loi *Julia,* que certains attribuent à César, et d'autres, avec plus de raison, semble-t-il, à Auguste. Par l'effet de ce bénéfice, le débiteur était déchargé de la contrainte par corps, il évitait l'infamie et ne pouvait plus être condamné, à raison de ses anciennes dettes, que dans la mesure de son avoir (*in id quod facere potest*) (1). Ce bénéfice passa dans notre ancien droit, où il était exclusivement accordé aux débiteurs qui étaient à la fois insolvables, malheureux et de bonne foi (2).

1646. On lit dans l'art. 1268 : « *La cession judiciaire est* » *un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de* » *bonne foi, auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa* » *personne, de faire en justice l'abandon de tous ses biens à* » *ses créanciers nonobstant toute stipulation contraire* ».

Trois conditions sont donc requises pour qu'il puisse y avoir lieu à la cession judiciaire. Il faut :

1° Que le débiteur soit malheureux ;

2° Qu'il soit de bonne foi ; la loi ne pouvait venir au secours du débiteur qui s'est rendu coupable de fraude envers ses créanciers ;

(1) Accarias, *op. cit.*, II, n. 780, p. 761-762 ; Girard, *op. cit.*, p. 1013, note 4.
(2) V. notamment Ordonnance de Moulins, art. 34.

3° Qu'il soit contraignable par corps ; car c'est précisément pour se soustraire à cette voie rigoureuse d'exécution, qui consiste dans un emprisonnement, que la loi l'autorise à céder judiciairement tous ses biens à ses créanciers.

Aux termes de l'art. 1 de la loi du 22 juillet 1867 : « La » contrainte par corps est supprimée en matière commer- » ciale, civile et contre les étrangers » ; et l'art. 2 porte : « Elle est maintenue en matière criminelle, correctionnelle » et de simple police ». Il résulte de ces dispositions que la cession judiciaire se trouve aujourd'hui réduite à une existence à peu près nominale dans notre loi. En effet les débiteurs malheureux et de bonne foi ne seront presque jamais contraignables par corps, et les débiteurs contraignables par corps ne pourront presque jamais être considérés comme étant malheureux et surtout de bonne foi, puisque la dette à raison de laquelle ils sont contraints par corps a nécessairement sa cause dans un fait délictueux.

On peut supposer cependant que l'auteur d'un homicide par imprudence, d'un incendie par imprudence, d'un délit contraventionnel ou d'une simple contravention [1], subisse à raison de ces faits, outre une condamnation pénale, une condamnation à des dommages intérêts considérables. De ce chef, il sera contraignable par corps. Loi préc., art. 2 et 5. Certes, il ne sera pas impossible, dans cette hypothèse, qu'il soit considéré comme étant malheureux et de bonne foi : auquel cas, si ses biens ne suffisent pas à payer toutes ses dettes, il pourra être admis au bénéfice de la cession judiciaire pour échapper à la contrainte par corps [2].

1647. Il incombe au débiteur de justifier que son insolvabilité est la conséquence de malheurs. C'est lui qui réclame le bénéfice de la cession des biens ; il doit prouver, par conséquent, qu'il est dans les conditions voulues pour l'obtenir.

[1] V. Garraud, *Tr. th. et prat. de dr. pén. franç.*, I, n. 86. et les autorités citées.

[2] Colmet de Santerre, V, n. 212 *bis;* Demolombe, XXVIII, n. 217. — Cependant M Garsonnet enseigne qu'aujourd'hui la cession de biens judiciaire n'existe plus. V. *op. cit* , IV, § 875, p. 820-821. — V. aussi Aubry et Rau, VIII, p. 511 ; Pont, *Pet. contr.*, II, 995.

Il arrivera généralement qu'en faisant cette preuve, le débiteur aura par le fait même établi sa bonne foi. Mais il ne faut point en conclure qu'il doit prouver celle-ci. La bonne foi se présume, et, par conséquent, les créanciers qui allèguent la mauvaise foi du débiteur sont tenus de la prouver ([1]).

Les juges saisis de la demande en cession de biens apprécient en fait et avec un pouvoir souverain soit les circonstances qui ont occasionné l'insolvabilité du débiteur, soit la bonne ou la mauvaise foi de celui-ci ([2]).

1648. La cession de biens judiciaire doit être faite au profit de tous les créanciers sans exception, même de ceux dont les créances ne sont pas échues, car elle suppose la déconfiture, et celle-ci entraîne la déchéance du terme. Arg. art. 1188 ([3]).

« *Les créanciers ne peuvent refuser la cession judiciaire, si* » *ce n'est dans les cas exceptés par la loi* ». Art. **1270**, al. 1er. Il s'ensuit que le droit pour eux de refuser la cession suppose soit que le débiteur est de mauvaise foi ou n'a pas été malheureux, soit qu'il se trouve au nombre des personnes visées par l'art. 905 C. pr. civ., ainsi conçu : « Ne pourront être admis au bénéfice de la cession, les étrangers ([4]), les stellionataires, les banqueroutiers frauduleux ([5]), les personnes condamnées

([1]) Aubry et Rau, VIII, p. 498; Mourlon, II, n. 1393; Larombière, IV, p. 533 (art. 1268, n. 6); Pont, *op. cit.*, II, n. 924; Demolombe, XXVIII, n. 220-221. — *Contra*, en ce qui concerne la preuve de la bonne foi, Duranton, XII, n. 260; Pardessus, *Cours de dr. com.*, IV, p. 556, n. 1328; Laurent, XVIII, n. 236. — Liège, 17 janv. 1809, S. chr., III. 2. 8, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2294. — Bruxelles, 19 nov. 1810, D., *loc. cit.* — Nîmes, 10 janv. 1811, S. chr., III. 2. 393, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2395. — Paris, 8 août 1812, S. chr., IV. 2. 172. — Aix, 30 déc. 1817, S. chr., V. 2. 341, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2305.

([2]) Aubry et Rau, VIII, p. 498 *in fine;* Larombière, IV, p. 532 (art. 1268, n. 5); Pont, *op. cit.*, II, n. 925; Demolombe, XXVIII, n. 222.

([3]) Aubry et Rau, VIII, p. 499, note 21; Pont, *op. cit.*, II, n. 926.

([4]) Cette disposition ne s'applique pas aux étrangers qui ont été admis, conformément à l'art. 13, à établir leur domicile en France et y jouissent des droits civils pendant tout le temps qu'ils y résident. Toullier, VII, n. 263; Duranton, XII, n. 270; Pigeau, *Procéd. civ.*, II, n. 359; Carré, *Lois de la procéd.*, III, p. 282, n. 3057; Pardessus, *op. cit.*, IV, p. 537, n. 1328; Favard, *Répert.*, v° *Cession de biens*, n. 4; Pont, *op. cit.*, II, n. 922; Aubry et Rau, VIII, p. 497, note 13; Larombière, IV, p. 540 (art. 1270, n. 3).

([5]) La loi du 28 mai 1838, modifiant l'art. 541 C. com., s'exprime ainsi : « Aucun débiteur commerçant n'est recevable à demander son admission au bénéfice de

pour cause de vol ou d'escroquerie, les personnes comptables, tuteurs, administrateurs et dépositaires ». L'art. 1945 C. civ. dit également : « Le dépositaire infidèle n'est point admis au bénéfice de cession » (1). Selon nous, les personnes énumérées dans l'art. 905 C. civ. ne sont pas privées absolument, c'est-à-dire à l'égard de tous les créanciers, du droit de réclamer le bénéfice de la cession ; ce bénéfice leur est seulement refusé à l'égard de ceux au préjudice desquels elles ont commis l'un des délits prévus dans les deux textes précités, ou de ceux dont elles ont administré les biens (2).

D'ailleurs, si l'art. 905 C. pr. civ. a désigné spécialement un certain nombre de personnes qu'on ne doit pas admettre au bénéfice de la cession judiciaire, il n'en résulte point que celles non visées par lui ne sauraient être exclues de ce bénéfice. En d'autres termes l'art. 905 C. pr. civ. n'a point aboli ce principe, posé dans l'art. 1268 C. civ. que, pour avoir le droit de procéder à la cession judiciaire, il faut être malheureux et de bonne foi (3).

1649. La cession judiciaire, comme la cession volontaire, doit comprendre tous les biens. Au reste, en ce qui la concerne, la question ne saurait faire difficulté, car elle est réglée par un texte formel. Art. 1268. Le débiteur ne peut donc rien retenir contre le gré de ses créanciers, même à titre de secours. Cependant il est admis à excepter de l'abandon les choses que la loi déclare incessibles et insaisissables (4).

cession de biens ». La disposition de l'art. 905 C. pr. civ., qui exclut de ce bénéfice les banqueroutiers frauduleux, se trouve donc ne plus avoir d'objet.

(1) V. sur l'art. 1945, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt et du dépôt*, n. 1113; Aubry et Rau, VIII, p. 497, note 15.

(2) *Sic* Pardessus, *op. cit.*, IV, p. 279, n. 3055; Carré, *op. cit.*, III, p. 280, n. 3055. — Turin, 21 déc. 1812, S. chr., D., *op.* et v° *cit.*, n. 2311. — Montpellier, 21 mai 1827, S. chr., VIII. 2. 371, D., *loc. cit.* — *Contra* Duranton, XII, n. 270; Pont, *op. cit.*, II, n. 922 *in fine ;* Larombière, IV, p. 541 (art. 1270, n. 4).

(3) *Sic* Toullier, VII, n. 263; Duranton, XII, n. 270; Pigeau, *Proc. civ.*, II, p. 359; Favard, *Répert.*, v° *Cession de biens*, n. 4; Carré, *Lois de proc.*, III, p. 282, n. 3057; Pardessus, *op. cit.*, IV, p. 537, n. 1328; Pont, *op. cit.*, II, n. 923; Aubry et Rau, VIII, p. 497, note 13; Larombière, IV, p. 540 (art. 1270, n. 2); Demolombe, XXVIII, n. 219 — Aix, 30 déc. 1817, précité. — Bordeaux, 30 août 1821, S., 22. 2. 60, D., *op.* et v° *cit.*, n. 2294-2°.

(4) Duranton, XII, n. 258; Aubry et Rau, VIII, p. 499; Larombière, IV, p. 533 (art. 1268, n. 7); Demolombe, XXVIII, n. 223.

C'est le Code de procédure qui détermine les formalités de la cession judiciaire. Art. 898-906.

1650. Les effets de cette cession sont indiqués dans l'art. 1269 et dans l'art. 1270, al. 2 et 3, dont voici les termes : « *La cession judiciaire ne confère point la propriété aux créanciers* (1) ; *elle leur donne seulement le droit de faire vendre les biens à leur profit et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente* ». Art. 1269. — « *Elle opère la décharge de la contrainte par corps. Au surplus, elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés ; et dans le cas où ils auraient été insuffisants, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'à parfait paiement* ». Art. 1270, al. 2 et 3.

Le principal effet de la cession judiciaire est de soustraire le débiteur à la contrainte par corps, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'elle a été déjà exercée ou non. S'il est incarcéré, il doit être mis immédiatement en liberté définitive, et, s'il est demeuré en liberté, il ne peut plus être emprisonné. Quant à ses autres effets, la cession judiciaire doit être assimilée à la cession volontaire. Cette proposition est vraie notamment quand la cession judiciaire est envisagée au point de vue de l'influence qu'elle doit exercer sur l'application des principes du régime hypothécaire (2).

Nous devons remarquer, toutefois, que, si les biens compris dans une pareille cession sont insuffisants pour désintéresser complètement les créanciers, le débiteur est tenu d'abandonner également ceux qui lui surviendraient dans la suite. Il n'en serait ainsi pour la cession volontaire que si les parties l'avaient stipulé (3).

1651. Le débiteur peut réclamer le bénéfice de la cession judiciaire « nonobstant toute stipulation contraire ». Art. 1268 *in fine*. Ces mots ont été ajoutés, sur la demande du Tribunat, afin d'empêcher que la clause de renonciation à ce bénéfice ne devînt une clause de style (4).

(1) La cession judiciaire ne conférant pas la propriété aux créanciers, le jugement qui accorde ce bénéfice au débiteur n'est pas soumis à la transcription.

(2) Aubry et Rau, VIII, p. 500.

(3) Cpr. Demolombe, XXVIII, n. 228 *in fine*.

(4) Fenet, XIII, p. 160 ; Locré, XII, p. 277, n. 50 *in fine*.

APPENDICES A L'ÉTUDE DU PAIEMENT

APPENDICE I

DES OBLIGATIONS NATURELLES

1652. Le Code ne parle des obligations naturelles que dans l'art. 1235 [1], et il déclare simplement, dans ce texte, que, lorsqu'elles sont volontairement acquittées, la répétition n'est pas admise. Cette disposition, envisagée en elle-même et indépendamment de la tradition, ne saurait suffire pour l'élaboration d'une théorie des obligations naturelles. Il nous faut donc, en premier lieu, étudier l'historique du sujet, c'est-à-dire les décisions des jurisconsultes romains, la doctrine de nos vieux auteurs, ainsi que les travaux préparatoires de l'art. 1235. C'est ensuite seulement que nous pourrons formuler une définition des obligations dont il s'agit, les classer et déterminer leurs effets [2].

I. *Historique et définition.*

1653. Les jurisconsultes romains désignaient sous le nom d'obligations naturelles [3] des obligations qui n'engen-

[1] Dans une autre de ses dispositions, il est vrai, on trouve encore les mots *obligation naturelle*. On lit dans l'art. 349 : « L'obligation naturelle qui continuera d'exister entre l'adopté et ses père et mère, de se fournir des aliments dans les cas déterminés par la loi, sera considérée comme commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre ». Mais tout le monde reconnaît que le Code prend ici l'expression *obligation naturelle* dans un sens tout particulier et absolument étranger à la théorie que nous allons exposer : Envisageant l'obligation alimentaire dans les rapports de l'adopté et de ses père et mère, l'art. 349 la qualifie de *naturelle* pour montrer qu'à ce point de vue elle est fondée sur la nature même, c'est-à-dire sur une parenté réelle, tandis que, dans les rapports de l'adopté et de l'adoptant, elle a pour base un lien artificiel, purement civil. Mais, nonobstant cette qualification, l'obligation visée par ce texte constitue certainement une obligation juridique parfaite, sanctionnée notamment par une action.

[2] Deux législations étrangères seulement ont réglementé la matière des obligations naturelles. V. C. civ. du Chili, art. 1470-1472, 1630. C. civ. de la Rép. Argent., art. 515-518.

[3] Sur les obligations naturelles en droit romain, voir Savigny, *Droit des oblig.*, I, §§ 5-14, traduc. Gérardin et Jozon, 2e édit., I, p. 26-145. Massol, *De l'oblig. natur. en dr. rom. et en dr. franç.*, Paris et Toulouse, 1858 ; Machelard, *Des oblig. natur.*, Paris, 1861 ; Schwanert, *Die Naturalobligation des römischen*

draient pas d'action, mais qui produisaient, cependant, certains effets juridiques plus ou moins nombreux, tout au moins l'exclusion de la répétition de l'indû, quand on les avait exécutées, fût-ce par erreur (1). L'exécution de ces obligations constituait un paiement. Elles différaient donc des simples devoirs de conscience, des devoirs moraux, dont l'exécution avait alors, comme aujourd'hui, le caractère de donation (2). Les diverses obligations naturelles furent admises successivement dans les deux premiers siècles de la période classique.

On peut, en ce qui les concerne, adopter diverses classifications. Celle qui se trouve dans le livre de M. Girard nous paraît la mieux comprise au point de vue de l'historique du droit français. Aussi la reproduirons-nous. Certaines obligations naturelles étaient la conséquence d'institutions qui n'existent plus. Telles étaient celles qui dérivaient de contrats intervenus entre un *paterfamilias* et une personne soumise à sa puissance ou entre deux personnes placées sous la même puissance. Telles étaient aussi les dettes qui, ayant perdu leur caractère civil par l'effet de la *capitis deminutio,* survivaient comme dettes naturelles. Mais il importe de mentionner d'une façon toute particulière — car ce sont elles qui eurent l'influence la plus grande sur la formation de la théorie des obligations naturelles (3) — les obligations nées des contrats qu'un esclave concluait soit avec son maître, soit avec d'autres personnes. De plus, si l'on admet, comme le font la plupart des auteurs français, que les simples pactes engendraient des obligations naturelles (4), celles-ci doivent être

Rechts, 1861 ; Accarias, *Précis de dr. rom.*, 4e édit., II, n. 726-730, p. 630-642 ; Girard, *Manuel élém. de dr. rom.*, 2e édit., p. 625-630.

(1) Les textes désignent aussi quelquefois sous le nom d'obligations naturelles les obligations pourvues d'une action qui étaient reconnues par le *jus gentium* ou *jus naturale*. L. 84, § 1, D., *De reg. jur.*, I, 17. — V. Machelard, *op. cit.*, p. 3-4 ; Savigny, *op. cit.*, § 5, traduc., I, p. 26-33.

(2) Massol, *op cit.*, p. 4 ; Machelard, *op. cit.*, p. 19, p. 525 *in fine* et p. 526 ; Girard, *op. cit.*, p. 626. — V. aussi Savigny, *op. cit.*, traduc., I, p. 52 *in fine* et 53.

(3) Girard, *op. cit.*, p. 627.

(4) Pour l'affirmative Massol, *op. cit.*, p. 181-182 ; Machelard, *op. cit.*, p. 28 s. ; Accarias, *op. cit.*, II, n. 727, p. 634, texte et note 1, n. 644, p. 394 *in fine*, et 395, texte et note 3. — *Adde* Savigny, *op. cit.*, I, § 9, traduc., I, p. 60-66. — *Contra* Girard, *op. cit.*, p. 627, note 5. — *Adde* les auteurs cités par Savigny, V. la traduction, I, p. 62, note *i*.

évidemment ajoutées à cette liste. Quoi qu'il en soit, un de ces pactes du moins, la convention d'intérêts, produisait certainement une pareille obligation [1], qui rentre dans cette première catégorie.

Outre ces obligations naturelles, il y en avait dont l'existence s'explique par des raisons toutes différentes. C'étaient des obligations qui se rencontraient dans des cas où le droit romain, sur des présomptions qui, en fait, étaient, la plupart du temps, fondées, mais qui, par exception, pouvaient ne pas l'être, annulait un acte ou refusait le droit d'agir en justice. Il en était ainsi de l'obligation contractée par l'impubère sans l'*auctoritas tutoris*, en supposant que cette obligation n'eût pas procuré à l'impubère un enrichissement durable [2]. Nous citerons aussi, en nous plaçant dans le dernier état du droit, l'obligation du mineur de 25 ans qui s'était engagé sans le consentement de son curateur [3]. Tel était aussi le cas pour l'obligation du fils de famille qui avait emprunté de l'argent au mépris du sénatus-consulte macédonien [4]. Mentionnons encore l'obligation naturelle qui naissait, dans l'ancien droit, quand une femme *sui juris* contractait sans l'autorisation de son tuteur [5]. D'après plusieurs auteurs, la promesse faite par le prodigue interdit produisait à sa charge une obligation naturelle [6] : si l'on

(1) L. 5, § 2, D., *De solut.*, XLVI. 3; L. 11, § 3, D. *De pigner. act.*, XIII. 7; L. 4, L. 22, C., *De usuris*, IV. 32.

(2) Sans quoi l'impubère était tenu d'une obligation civile dans la mesure de l'enrichissement. — Cependant la question de savoir si l'impubère qui s'était engagé sans l'*auctoritas tutoris* était tenu d'une obligation naturelle a fait l'objet d'une vive controverse. Pour l'examen des divers systèmes, voir Machelard, *op. cit.*, p. 206-233.

(3) L'existence de cette obligation naturelle est du moins fort probable. — Accarias, *op. cit.*, II, p. 638; Girard, *op. cit.*, p. 628. — D'ailleurs, quand le mineur de 25 ans avait obtenu la *restitutio in integrum*, son obligation survivait comme obligation naturelle. — Massol, *op. cit.*, p. 145; Machelard, *op. cit.*, p. 242 s.; Girard, *op.* et *loc. cit.*

(4) L. 40 pr. D., *De cond. ind.*, XII, 6. Mais l'*intercessio* consentie par la femme à l'encontre du sénatus-consulte Velléien n'engendrait pas d'obligation naturelle. — V. le même texte et L. 8, § 3, L. 16, § 1, D., *Ad sct. Vell.*, XVI, 1; L. 9, L. 16, C., *Ad sct. Vell.*, IV, 29.

(5) V. Accarias, *op. cit.*, II, n. 727, p. 638.

(6) *Sic* Massol, *op. cit.*, p. 159; Machelard, *op. cit.*, p. 267; Accarias, *op. cit.*, II, n. 728, p. 638. — *Contra* Girard, *op. cit.*, p. 628 *in fine*, et p. 629, texte et note 1.

se range à cette opinion, voilà une autre obligation qui rentre dans le même ordre d'idée. Nous en dirons autant de la dette naturelle qui, selon certains interprètes, subsistait lorsque le débiteur était libéré par la prescription (1) ou absous à tort (2), comme aussi lorsque, ayant opposé l'exception *quod facere potest,* il était simplement condamné dans la limite de son actif (3).

Au point de vue des origines du droit moderne, cette seconde catégorie d'obligations naturelles est de beaucoup la plus intéressante. Sans doute, certains des cas qu'elle comprenait se sont modifiés, d'autres ont disparu; mais il n'en est pas moins vrai que c'est elle qui représente les obligations naturelles du droit actuel.

Quels étaient, d'après les jurisconsultes romains, les effets des obligations naturelles?

Parmi les effets des obligations civiles, il en est un que les obligations naturelles ne produisaient jamais, à savoir l'action en justice. C'est là une caractéristique de ces dernières. En sens inverse, il est un effet des obligations civiles qui résultait toujours des obligations naturelles : nous voulons parler de la possibilité du paiement. Si, au moment où le débiteur naturel payait, il se croyait exposé à une action, il n'avait pas pour cela le droit d'exercer la *condictio indebiti* (4), et si, au contraire, à cette même époque, il connaissait la véritable nature de la dette, il ne se trouvait pas pour cela faire une donation.

(1) *Sic* Savigny, *op. cit.*, § 11, traduct., I, p. 107-110, et *Système de dr. rom.*, V, § 248 251; Accarias, *op. cit.*, n. 926-3°, p. 1147 et p. 1151, note. — *Contra* Girard, *op. cit.*, p. 629, note 2. — Cpr. Machelard, *op. cit.*, p. 450-501.

(2) *Sic* Savigny, *op. cit.*, § 11, traduct., I, p. 90-107; Accarias, *op. cit.*, n. 767, p. 731. — *Adde* les auteurs cités par Savigny, *Dr. des oblig.*, § 11. V. traduc., I, p. 107. — *Contra* Machelard, *op. cit.*, p. 417 437; Girard, *op.* et *loc. cit.* — *Adde* les auteurs cités par Savigny, *op. cit.*, § 11, V, traduc., I, p. 105.

(3) *Sic* Accarias, *op. cit.*, n. 919-2°, p. 1131. — Cpr. Machelard, *op. cit.*, p. 500-511. — *Contra* Massol, *op. cit.*, p 178-180; Savigny, *op. cit.*, § 12, traduc., I, p. 117-118; Girard, *op.* et *loc. cit.* — Ce dernier auteur est d'avis que, dans ce cas, il subsistait une obligation civile subordonnée au retour du débiteur à une meilleure fortune.

(4) C'est un point qui a été contesté par quelques auteurs allemands relativement à certaines obligations naturelles. V. Girard, *op. cit.*, p. 630, note 1.

Quant aux autres effets des obligations civiles, il n'en est aucun qui ne fût susceptible de découler des obligations naturelles. Mais toute obligation de cette dernière classe ne les produisait pas nécessairement. A plus forte raison une obligation naturelle pouvait-elle engendrer seulement quelques-uns de ces résultats. Il ne faut donc pas, en ce qui les concerne, poser de règle absolue [1].

Nous n'avons pas ici à déterminer les effets de chacune des obligations naturelles en droit romain. Disons simplement que certaines d'entre elles pouvaient être novées, garanties par un cautionnement ou par un droit de gage ou d'hypothèque, opposées en compensation, que certaines aussi pouvaient servir de cause à une *adstipulatio* ou à un constitut.

1654. Telle était la théorie romaine. Pothier l'a-t-il rejetée? Voit-il dans les obligations naturelles de simples *devoirs moraux,* tels que le devoir de reconnaissance, de charité? Il faut en convenir : dans notre matière, sa terminologie manque de précision. Il nous paraît cependant possible de déterminer la pensée du grand jurisconsulte. Voyons d'abord ses définitions de l'obligation civile et de l'obligation naturelle : « On appelle *obligation civile*, dit il, celle qui est un lien de droit, *vinculum juris,* et qui donne à celui envers qui elle est contractée le droit d'exiger en justice ce qui y est contenu. — On appelle *obligation naturelle*, celle qui, dans le for de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu ». Et, après avoir dit que « les obligations sont ordinairement civiles et naturelles tout ensemble », il ajoute : « Il y a aussi des obligations qui sont seulement des obligations naturelles sans être obligations civiles. Ces obligations, dans le for de l'honneur et de la conscience, obligent celui qui les a contractées à les accomplir; mais la loi civile refuse l'action à celui envers qui elles sont contractées, pour en poursuivre en justice l'exécution [2] ». Ainsi les obligations naturelles,

[1] *Sic* Savigny, *op. cit.*, p. 58 *in fine* et p. 59; Machelard, *op. cit.*, p. 19 *in fine*, p. 20 et *passim;* Accarias, *op. cit*, n. 726, p. 630-633; Girard, *op. cit.*, p. 629 et 630. — *Contra* Massol, *op. cit.*, p. 32.

[2] Pothier, *Oblig.*, n. 173, al. 2 et 3, n. 175 (édit. Dupin, I, p. 91 et 92).

d'après Pothier, ne lient le débiteur que *dans le for de l'honneur et de la conscience*. Est-ce à dire que, pour lui, il n'y ait pas de différence entre les obligations naturelles et les devoirs moraux? Non, certainement, car, dès le début de son traité, il s'exprime en ces termes : « On appelle obligations *imparfaites* les obligations dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu et qui ne donnent aucun droit à personne d'en exiger l'accomplissement, tels sont les devoirs de charité, de reconnaissance; tel est, par exemple, l'obligation de faire l'aumône de son superflu. Cette obligation est une véritable obligation, et un riche pèche très grièvement lorsqu'il manque à l'accomplir. Mais c'est une obligation imparfaite, parce qu'il n'en est comptable qu'à Dieu seul : lorsqu'il s'acquitte de cette obligation, le pauvre à qui il fait l'aumône ne la reçoit pas comme une dette, mais comme un pur bienfait. Il en est de même des devoirs de reconnaissance : celui qui a reçu quelque bienfait signalé est obligé de rendre à son bienfaiteur tous les services dont il est capable, lorsqu'il en trouve l'occasion; il pèche et il se déshonore quand il y manque; mais son bienfaiteur n'a aucun droit d'exiger de lui ses services; et, lorsqu'il les lui rend, ce bienfaiteur reçoit de lui, à son tour, un véritable bienfait. . Le terme d'*obligation* dans un sens plus propre et moins étendu, ne comprend que les obligations parfaites... qui donnent à celui envers qui nous les avons contractées le droit d'en exiger de nous l'accomplissement... Ces termes, *vinculum juris*, ne conviennent qu'à l'obligation civile. L'obligation purement naturelle, qui est *solius æquitatis vinculum*, est aussi, quoique dans un sens moins propre, une *obligation parfaite*; car *elle donne, sinon dans le for extérieur, au moins dans le for de la conscience, à celui envers qui elle est contractée, le droit d'en exiger l'accomplissement; au lieu que l'obligation imparfaite ne donne pas ce droit* » (1). Il ressort de ce passage : 1° que, dans le langage

(1) *Op. cit.*, n. 1 (même édit., p. 1-2). — Au surplus, Pothier est revenu sur cette idée dans le n. 197 du même ouvrage : « *On ne doit pas confondre les obligations naturelles* dont nous avons parlé dans ce chapitre, *avec les obligations imparfaites* dont il a été parlé au commencement de ce traité. *Celles-ci ne donnent aucun droit à personne contre nous, même dans le for de la conscience.* Par exemple, si

de Pothier, les obligations *imparfaites* correspondent à ce que nous appelons les *devoirs moraux;* 2° que, dans la pensée de ce jurisconsulte, nonobstant l'allégation contraire de certains commentateurs du Code civil [1], les devoirs moraux ne se confondent pas avec les obligations naturelles. Pourquoi donc Pothier dit-il que ces dernières ne lient le débiteur que *dans le for de l'honneur et de la conscience?* Parce que, dans de pareilles obligations, le créancier ne peut pas contraindre le débiteur à payer et que, par suite, l'exécution dépend absolument de la volonté de celui ci, en d'autres termes de sa délicatesse et de son honneur. Si l'on pénètre la pensée de Pothier, on voit qu'elle peut être ainsi formulée : les obligations produisent un lien juridique, mais l'efficacité de ce lien est à la merci de la conscience du débiteur.

Mais, si Pothier a compris qu'il faut ne pas confondre les devoirs moraux et les obligations naturelles, il n'a vu que très incomplètement la théorie qui se dégage, en ce qui regarde celle-ci, des textes du droit romain. Le chapitre spécial qu'il consacre à la matière, débute ainsi : « Nous avons suffisamment vu jusqu'à présent, quelle est la nature des obligations civiles; il nous reste à traiter en ce chapitre des obligations naturelles. Les principes de notre droit sont à cet égard différents de ceux du droit romain. On appelait dans le droit romain *obligation naturelle* celle qui était destituée d'action, c'est-à-dire qui ne donnait pas à celui envers qui elle était contractée, le droit d'en demander en justice le paiement. Telles étaient toutes celles qui naissaient des simples conventions, qui n'étaient revêtues ni de la qualité de contrat, ni de la forme de la stipulation. Ces obligations étaient très favorables : *Quid enim tam congruum fidei humanæ quam ea quæ inter eos placuerunt servare ?* L. 1, ff. *de pact.* Si elles étaient destituées d'action, ce n'était que par une raison tirée

j'ai manqué de rendre à mon bienfaiteur un service que la reconnaissance m'obligeait à lui rendre, ce qu'il souffre de ce que j'ai manqué à ce devoir ne le rend pas pour cela mon créancier, même dans le for de la conscience... *Au contraire, les obligations naturelles... donnent à la personne envers qui nous les avons contractées, un droit contre nous, non pas, à la vérité, dans le for extérieur, mais dans le for de la conscience* » (même édit., 1, p. 100).

[1] V. notamment Demolombe, XX, n. 38, p. 32.

de la politique des patriciens, qui, pour leur intérêt particulier, avaient jugé à propos de faire dépendre le droit d'action des formules, dont ils avaient seuls la connaissance dans les premiers temps, afin d'obliger les plébéiens d'avoir recours à eux dans leurs affaires et de les tenir par là dans leur dépendance » (1). Pothier indique ensuite les effets des obligations dont il vient de parler, puis il ajoute : « Selon les principes de notre droit français, *qui n'a pas admis la distinction du droit romain entre les simples pactes et les contrats,* ces obligations naturelles du droit romain sont, dans notre droit, de véritables obligations civiles » (2). Dans ce passage, Pothier constate simplement la disparition d'obligations naturelles qui devaient ce caractère à des particularités de la législation romaine. Il dit encore (en opposant ces expressions *obligations purement naturelles* à celles-ci : *obligations à la fois civiles et naturelles*) : « Celles qu'on peut appeler dans notre droit *obligations purement naturelles* sont : 1° celles par lesquelles la loi dénie l'action par rapport à la défaveur de la cause d'où elles procèdent. Telle est la dette due à un cabaretier pour dépenses faites par un domicilié du lieu de son cabaret. *Coutume de Paris,* art. 128; — 2° celles qui naissent des contrats des personnes qui, ayant un jugement et un discernement suffisants pour contracter, sont néanmoins, par la loi civile, inhabiles à contracter. Telle est l'obligation d'une femme sous puissance de mari, qui a contracté sans être autorisée » (3). « Ces obligations qui naissent d'une cause improuvée par les lois, ou qui ont été contractées par des personnes à qui la loi ne permet pas de contracter, *n'auraient pas eu, par le droit romain même, le nom d'obligations naturelles : c'est pourquoi je ne pense pas qu'elles doivent avoir parmi nous les effets que le droit romain donnait aux obligations purement naturelles* » (4).

Il semble bien résulter de ce passage que Pothier ne s'était pas suffisamment rendu compte de l'état de la question en

(1) *Op. cit.*, n. 191 (même édit., I, p. 97).
(2) *Op. cit.*, n. 192, al. 1 (même édit., I, p. 98).
(3) *Op. cit.*, n. 192, al. 2 et 3.
(4) *Op. cit.*, n. 193.

droit romain. Si l'obligation du fils de famille qui avait emprunté de l'argent au mépris du sénatus-consulte macédonien était dénuée d'action, c'était bien à raison de la *défaveur de la cause* d'où procédait cette obligation. Quant à l'impubère qui s'était engagé sans l'*auctoritas* de son tuteur et qui n'avait pas retiré de l'acte un profit durable, son obligation n'était que naturelle, alors même qu'il avait en fait le discernement voulu pour contracter. Il faut donc voir en lui une personne que la loi civile rendait *inhabile à contracter*. Nous en dirons autant du mineur de vingt-cinq ans qui avait obtenu la *restitutio in integrum* ou qui, à une époque plus récente, s'était obligé sans le *consensus* de son curateur. Pothier a donc tort de prétendre que les deux catégories d'obligations naturelles par lui indiquées n'existaient pas en droit romain. C'est là une erreur que Domat n'a point commise, car, voulant citer un cas d'*obligation naturelle :* « Ainsi, par exemple, dit-il, *dans le droit romain,* le fils de famille, même majeur, ne peut s'obliger à cause du prêt; mais, s'il paie ce qu'il a emprunté, il ne peut le répéter » (1).

Un peu plus loin, d'ailleurs, Pothier complète sa classification en ces termes : « Nous avons parlé jusqu'à présent des obligations que la défaveur de la cause ou l'inhabileté civile de la personne qui les a contractées, rend obligations purement naturelles. Une obligation civile, lorsque le débiteur a acquis contre l'action qui en résulte quelque fin de non recevoir, *puta,* par l'autorité de la chose jugée ou du serment décisoire, ou par le laps du temps requis pour la prescription, peut aussi être regardée comme obligation purement naturelle, tant que la fin de non-recevoir subsiste et qu'elle n'est pas couverte » (2).

De sorte qu'en définitive Pothier distingue trois catégogories d'obligations naturelles :

La première comprend les obligations auxquelles la loi, à raison de la défaveur attachée à la cause d'où elles procèdent, dénie l'action en justice.

(1) *Lois civ.*, 1re partie, liv. I, tit. I, sect. V, n. 9 (édit. Rémy, II, p. 150).
(2) *Op. cit.*, n. 196 (même édit., I, p. 100).

La deuxième, les obligations nées à la charge de personnes qui ont un discernement suffisant pour contracter, mais que la loi civile rend néanmoins inhabiles à le faire.

La troisième, les obligations civiles contre lesquelles le débiteur a acquis une fin de non-recevoir.

Nous ferons pour la troisième catégorie la même observation que pour les deux premières : les obligations naturelles qu'elle comprend étaient, du moins d'après certains interprètes, connues du droit romain (1).

Mais quels étaient, d'après Pothier, les effets des obligations dont nous parlons? « Le *seul* effet de nos obligations purement et simplement naturelles, dit il, est que, lorsque le débiteur a payé volontairement, le paiement est valable et n'est pas sujet à répétition, parce qu'il a eu un juste sujet de payer, savoir, *celui de décharger sa conscience*. Ainsi on ne peut pas dire qu'il a été fait *sine causa* : d'où il suit qu'il ne peut y avoir lieu aux actions qu'on appelle *condictio sine causa* et *condictio indebiti* » (2). Pothier emploie, on le voit, une formule exclusive : le *seul* effet! Au surplus, il enseigne qu'une obligation naturelle ne saurait être garantie par une fidéjussion (3), et il paraît bien estimer aussi qu'une pareille obligation ne peut pas servir de base à une novation (4). Tout cela, d'après nous, s'explique par ce fait qu'il n'avait pas compris quelle était, en droit romain, la portée de l'ensemble des textes.

(1) V. *supra*, n. 1653, p. 664.

(2) *Oblig.*, n. 195 (édit. Dupin, I, p. 99).

(3) « Par la même raison, on doit décider que des fidéjusseurs ne peuvent accéder à l'obligation qu'une femme mariée a contractée sans y être autorisée, ni à toutes les autres obligations qui ne sont appelées obligations purement naturelles que parce qu'elles sont improuvées par la loi civile ». *Op. cit.*, n. 194 *in fine*. Or, un peu plus haut, Pothier dit, en parlant de toutes les obligations naturelles, *qu'elles naissent d'une cause improuvée par les lois*. C'est donc bien à l'égard de toutes ces obligations qu'il refuse d'admettre la fidéjussion.

(4) Après avoir dit : « La novation est valable, quelle que soit la première dette à laquelle on en substitue une nouvelle, et quelle que soit celle qu'on lui substitue », Pothier ajoute : « Il faut, néanmoins, que ces obligations ne soient pas de celles que la loi réprouve formellement et déclare nulles; car ce qui est nul ne peut être susceptible d'aucun effet ». Ce texte, en lui-même, ne paraît pas nécessairement viser les obligations naturelles, mais Pothier le fait suivre de cette indication : « Voyez *supra*, part. II, chap. II ». Or ce chapitre est consacré à l'étude des obligations naturelles. *Op. cit.*, n. 589 (même édit., I, p. 345).

Domat reconnaissait aux obligations naturelles des effets plus étendus. Il décidait qu'elles pouvaient être garanties au moyen d'une fidéjussion : « Cet usage des cautions dans toutes sortes d'engagements, disait-il, ne s'étend pas seulement à ceux qui se font de gré à gré par des conventions, à ceux des tuteurs et des curateurs, à ceux même des cautions (car on peut prendre un fidéjusseur d'un fidéjusseur) et généralement à toutes sortes d'engagements où les lois civiles donnent au créancier une autre action contre la personne obligée, et qu'on appelle par cette raison des obligations civiles ; mais on peut aussi donner caution de cette sorte d'obligations qu'on appelle simplement naturelles... Car, dans ces sortes d'obligations, il se forme un engagement naturel que celui qui s'en rend caution fait valoir en sa personne, encore qu'en la personne du principal obligé il soit inutile. Ainsi, dans les coutumes où la femme qui est en puissance de mari ne peut point s'obliger du tout, si le mari se rend caution de l'obligation de sa femme, il sera obligé, quoique l'obligation de la femme demeure toujours nulle » (1).

1655. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*, fournit, du moins en grande partie, les bases d'une théorie des obligations naturelles : « ... On ne regarde comme obligations purement naturelles, dit-il, que *celles qui, par des motifs particuliers, sont considérées comme nulles par la loi civile.* — Telles sont les obligations dont la cause est trop défavorable pour que l'action soit admise, et les obligations qui ont été formées par des personnes auxquelles la loi ne permet pas de contracter. Telles sont même les obligations civiles lorsque l'autorité de la chose jugée, le serment décisoire, la prescription ou toute autre exception péremptoire rendraient sans effet l'action du créancier. — Le débiteur qui a la capacité requise pour faire un paiement valable, et qui, au lieu d'opposer ces divers moyens, se porte de lui-même et sans surprise à remplir son engagement, ne peut pas ensuite dire qu'il ait fait un paiement sans cause. *Ce paiement est une renonciation de fait aux exceptions sans lesquelles l'action*

(1) *Lois civ.*, 1er part., liv. III, tit. IV, sect. I, n. 3 (édit. Rémy, II, p. 79).

eût été admise; renonciation que la bonne foi seule et le cri de la conscience sont présumés avoir provoquée; renonciation qui forme un lien civil que le débiteur ne doit plus être le maître de rompre. — L'obligation naturelle *ne devenant un lien civil que par induction tirée du paiement, cette obligation ne peut avoir d'autre effet que celui d'empêcher la répétition de ce qui a été payé.* Mais elle ne peut faire la matière d'une compensation, ni avoir les *autres effets que leur donnait la loi romaine par suite de cette distinction que nous n'avons point admise entre les pactes et les contrats* » (1).

Dans tout ce passage, Bigot-Préameneu, sans doute, s'est inspiré, dans une certaine mesure, des explications de Pothier. C'est ainsi qu'il reproduit la division tripartite que ce jurisconsulte donnait des obligations naturelles. Toutefois, en ce qui concerne les effets de ces obligations, il s'exprime en termes notablement différents. Il ne dit point, comme le fait Pothier, que leur *seul* effet soit de pouvoir donner lieu à un paiement valable. Il se borne à dire que si le paiement d'une pareille obligation n'est pas sujet à répétition, c'est parce qu'il s'analyse en une *renonciation* aux exceptions que le débiteur pouvait opposer. Mais il est d'autres actes, tels que la novation ou le cautionnement qui, si on les applique à une obligation naturelle, auront la même portée. Que décider en ce qui les concerne? Ne faudra-t-il pas raisonner comme pour le paiement? Reste, il est vrai, la dernière phrase du passage précité. Mais, en refusant aux obligations naturelles, outre la possibilité de se compenser avec les obligations civiles, « les autres effets que leur donnait la loi romaine par suite de la distinction entre les pactes et les contrats », l'orateur du gouvernement prétendait-il exclure tous les effets en dehors du paiement volontaire? N'avait-il pas simplement en vue ceux qui, à l'instar de la compensation, se produisent sans l'intervention du débiteur, c'est-à-dire le droit de rétention, la novation sans le concours du débiteur, l'engagement spontané d'une caution? A notre

(1) Fenet, XIII, p. 264; Locré, XII, p. 364-365, n. 113. — Cpr. Jaubert, *Rapport au Tribunat,* Fenet, XIII, p. 239; Locré, XII, p. 459, n. 5.

avis, l'affirmative est exacte, car Bigot-Préameneu paraît bien dire que les effets rejetés par notre législateur tenaient à des principes particuliers au droit romain. A ce propos, remarquons dès à présent que les termes de l'art. 1235, al. 2, n'ont rien d'exclusif (1). Cela n'est point fait pour nous surprendre, car, ainsi qu'on l'a vu, la doctrine de Domat, en ce qui concerne les effets des obligations naturelles, était toute différente de celle de Pothier. Or au début de l'*Exposé des motifs* de notre titre, Bigot-Préameneu place aussi bien les ouvrages du premier de ces deux jurisconsultes que ceux du second, au nombre des livres « *les plus parfaits* » (2).

En résumé, l'historique de la matière nous conduit à décider, contrairement à M. Laurent (3), qu'en ce qui regarde les obligations naturelles, le droit français procède du droit romain. C'est bien la même conception juridique, mais dégagée de l'influence de certaines institutions depuis longtemps disparues (4).

1656. Comment faut-il donc, sous l'empire de notre législation, définir l'obligation naturelle? Appliquant à celle-ci la formule classique, on peut dire : l'obligation naturelle est, comme l'obligation civile, un lien de droit qui nous astreint à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose, mais avec cette particularité qu'à la différence de l'obligation civile, elle n'est pas sanctionnée par le droit d'action. Elle a donc, elle aussi, le caractère juridique. Ainsi qu'on l'a vu, si Pothier dit qu'elle ne lie le débiteur que dans le for de l'honneur et de la conscience, c'est en se plaçant au point de vue pratique et parce que l'exécution de cette obligation dépend absolument de la conscience du débiteur. Il faut, par conséquent, se garder de confondre l'obligation naturelle avec les devoirs moraux, dont l'existence n'est pas reconnue par le droit (5).

(1) Cpr. Huc, VII, n. 234, p. 314.

(2) Fenet, XIII, p. 217 ; Locré, XII, p. 313, n. 3.

(3) Laurent, XVII, n. 1.

(4) Huc, VII, n. 234, p. 314-315.

(5) V. notamment Laurent, XVII, n. 2-5 ; Vittorio Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, n. 22, p. 53 s. — V. pour l'examen critique des divers systèmes sur les obligations naturelles, Cuq, *op. cit.*, p. 105-120 ; Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 17-30.

De savants auteurs sont d'un avis différent [1]. Mais, d'abord, au point de vue historique, leur théorie est insoutenable. Nous croyons l'avoir démontré. De plus, les rédacteurs du Code parlaient la langue du droit; on doit supposer par suite que, lorsqu'ils ont écrit l'art. 1235, ils ont pris le terme *obligation* dans son acception juridique et non pas comme synonyme du mot *devoir*.

1657. En législation, toutefois, la substitution de l'idée de devoir moral à l'ancienne notion d'obligation naturelle n'est point inadmissible. Elle a été consacrée par le Code fédéral des obligations : « On ne peut répéter ce qu'on a payé pour acquitter une dette prescrite ou pour accomplir un *devoir moral* ». Art. 72, al. 2 [2]. Tel est aussi le système du Code

[1] M. Larombière, notamment, considère comme des obligations naturelles : 1° les devoirs de morale qui sont « simplement dépourvus de la consécration légale ». « Mais, dit-il, comme la loi n'a nulle part donné la définition de l'obligation naturelle, elle s'en est rapportée par cela même à l'appréciation des juges sur le point de savoir quels sont les devoirs qui peuvent constituer des obligations de cette espèce. Tels sont, par exemple, les devoirs indiqués par la conscience, par les lois de la délicatesse et de l'honneur ou imposés par les liens du sang, par la piété filiale, par la foi due à la parole donnée, par les sentiments de gratitude et de bienfaisance. Ce ne sont sans doute que des devoirs moraux, *à l'accomplissement desquels nul ne saurait être contraint par une coercition extérieure, sans une tyrannie cent fois pire que leur inexécution*. Mais ces devoirs ne nous paraissent pas moins constituer également des obligations naturelles, dont l'intensité peut varier suivant les circonstances, mais qui produisent néanmoins par leur exécution volontaire des effets civils ». 2° « ... certaines obligations civiles qui, par suite de leur extinction, de leur rescision ou de leur nullité, dégénèrent en simples obligations naturelles, pourvu qu'elles ne soient pas réprouvées comme contraires à la morale elle-même. Telles sont les obligations éteintes par prescription, annulées pour incapacité ou pour vices de forme ». 3° Enfin « certains devoirs que la philosophie inclinerait à considérer comme susceptibles de sanction positive et à classer au nombre des obligations proprement dites » et que « la loi, tout en réprouvant la cause, a laissés au rang inférieur de simples obligations naturelles ». IV, p. 61-62 (art. 1235, n. 6). — La thèse que nous combattons a été reprise avec vigueur et talent par M. Giorgi. Aux yeux de l'éminent jurisconsulte, il est impossible qu'il existe dans notre droit des obligations juridiques non pourvues d'action. C'est vainement qu'on chercherait dans le Code civil un fondement à des obligations naturelles dans le sens du droit romain. Toutes les dispositions de ce code sur la matière des obligations et tout le système moderne sur les actions judiciaires ne sauraient laisser place à de pareilles obligations. Dans l'art. 1235 du Code civil français et dans l'art. 1237 du Code civil italien, ces mots *obligations naturelles* ne signifient pas autre chose que « des obligations morales de conscience qui ont le caractère patrimonial ». *Teoria delle obbligazioni*, I, n. 54 s.

[2] Les obligations visées à l'art. 72, al. 2, dit M. Virgile Rossel, sont les *obliga-*

civil allemand : « Ce qui a été presté indûment en vue d'exécuter une obligation ne peut pas être répété, si l'auteur de la prestation a su qu'il n'était pas obligé de la faire ou si la prestation a eu pour but de satisfaire à un *devoir moral* ou aux convenances ». Art. 814 (1).

Ces textes méritent d'autant plus d'être signalés qu'il faut les mettre au nombre de ceux qui marquent une tendance des plus importantes, celle de faire pénétrer la morale dans le droit.

1658. Cette même tendance explique, au moins dans une grande mesure, de nombreuses décisions par lesquelles notre jurisprudence a admis des cas d'obligations naturelles. Ces décisions peuvent être considérées comme contraires aux principes juridiques. Mais, au point de vue de la morale, on ne saurait les critiquer. C'est ainsi que la cour de Bordeaux, par un arrêt du 24 mars 1898, a jugé que l'obligation de payer une dette incontestée de la succession constitue « une obligation naturelle *et* un devoir de conscience » à la charge des héritiers *renonçants*. Pourquoi parler ici d'obligation naturelle? Les juges auraient pu se borner à invoquer le devoir de conscience. Les héritiers renonçants sont censés n'avoir jamais été héritiers. Comment expliquer qu'ils se trouvent néanmoins avoir succédé à une obligation du défunt, cette obligation ne fût-elle pas munie d'une action? On ne résoudrait certainement pas la difficulté en disant que, par l'effet de la renonciation, l'obligation civile a dégénéré en obligation naturelle. A l'égard de celui dont elle émane, la renonciation supprime complètement l'obligation; elle ne peut pas avoir simplement pour effet de l'affaiblir en la

tions naturelles, qui n'engendrent pas d'action civile contre le débiteur; néanmoins, une fois exécutées, elles ne donnent pas lieu à répétition. Notre loi mentionne comme telles les *dettes prescrites* et, en outre, non pas toutes les autres obligations naturelles, mais celles-là seulement qui supposent l'accomplissement d'un « devoir moral », comme des prestations alimentaires envers des parents qui n'y pouvant prétendre *de lege*, y auraient droit cependant d'après les principes de la morale », *Man. du dr. féder. des oblig.*, n. 98, p. 122.

(1) Citons aussi la disposition de l'art. 222, al. 2 : « Ce qui a été presté à raison d'une créance prescrite ne peut être répété, alors même que cette prestation a été effectuée dans l'ignorance de la prescription. Il en est de même de la reconnaissance conventionnelle et de la dation de sûreté par l'obligé ».

dépouillant de l'action. Ainsi, dans le système de la cour de Bordeaux, — si du moins on donne un sens spécial aux mots *obligation naturelle*, — il y a transmission d'un lien juridique sans qu'il soit possible d'expliquer ce résultat. La vérité, c'est qu'on trouve dans cet arrêt, comme dans beaucoup d'autres, une manifestation de la tendance que nous venons d'indiquer (1).

II. *Classification des obligations naturelles.*

1659. La plupart des auteurs groupent les obligations naturelles en deux catégories : les unes ont, dès leur naissance, le caractère d'obligations simplement naturelles ; les autres sont des obligations civiles dégénérées.

A. *Des obligations naturelles dès leur naissance.*

1660. Au nombre des obligations qu'il qualifiait de naturelles, Pothier rangeait « celles qui naissent des contrats des personnes qui, ayant un jugement et un discernement suffisant pour contracter, sont néanmoins, par la loi civile, inhabiles à contracter » (2). Tel est encore aujourd'hui l'avis de la plupart des auteurs. On pose donc généralement en principe que l'annulation ou la rescision des engagements contractés par un mineur parvenu à l'âge de raison, par un interdit dans un intervalle lucide ou par une femme mariée non autorisée laisse subsister une obligation naturelle. On se prononce dans le même sens quant aux actes que le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire a consentis seul contrairement à la disposition de l'art. 513. Dans ces divers cas, l'obligation existe ; elle est simplement annulable à raison de l'incapacité du débiteur. Si cette incapacité est invoquée en justice, le

(1) Citons aussi un jugement du tribunal de Die, du 29 novembre 1859, où il est dit qu'une obligation naturelle peut avoir une *cause légale et suffisante dans la délicatesse et dans l'honneur*. Ce jugement a été confirmé par simple adoption des motifs. — Grenoble, 4 juin 1860, S., 61. 2. 152, D., *Supp. au Rép. alph.*, v° *Oblig.*, n. 385, en note.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 192, al. 3 (même édit., I, p. 98(. — V. aussi Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs;* Fenet XIII, p. 264; Locré, XII, p. 364, n. 113; Jaubert, *Rapport au Tribunat;* Fenet, XIII, p. 340; Locré, XII, p. 460, n. 5.

créancier sera dépouillé de son droit d'action. Mais cela suffit pour que l'incapacité soit sanctionnée. Pourquoi aller plus loin, alors que l'engagement, envisagé en lui-même, peut exister? Si le débiteur, devenu capable, se considère comme lié par sa promesse, nonobstant l'annulation ou la rescision par lui obtenue, et si, en conséquence, il acquitte la dette, ne serait-il pas contraire à la raison et à l'équité d'attribuer à ce paiement le caractère de libéralité [1]?

Mais on ne doit pas étendre cette solution aux engagements entachés d'un vice du consentement, erreur, violence ou dol. En ce qui les concerne, l'annulation a pour effet de supprimer la volonté même de celui qui a promis. Or, en l'absence de cette volonté, on ne conçoit pas plus l'existence d'une obligation naturelle que celle d'une obligation civile [2].

1661. L'ordonnance de **1629** (Code Michaud), dans son art. **138**, déclarait les promesses faites pour le jeu « nulles et de nul effet et déchargées de toutes obligations civiles *ou naturelles* ». Cependant on lit dans Pothier : « La loi le prive (le contrat) d'exécution dans le for extérieur; mais le contrat, quoique fait en contravention de la loi, ne laisse pas d'exister, et, lorsqu'il ne renferme en soi aucune injustice de l'une des parties envers l'autre, il oblige dans le for de la conscience » [3]. Et un peu plus loin : « S'il m'est permis de dire mon avis, j'incline à penser que ceux qui ont perdu, en jouant, sur leur parole, à des jeux défendus, des sommes considérables, sont obligés de les payer et que celui qui les a gagnées, n'est pas

[1] Aubry et Rau, IV, p. 5, texte et note 5; Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis*-V; Demolombe, XXVII, n. 36-37; Mourlon, II, n. 1309, al. 5 et 6; Cuq, *op. cit.*, p. 129 s.; Vigié, II, n. 1573, p. 715; Thiry, III, n. 40, p. 60; Huc, VII, n. 235, p. 316; Planiol, II, n 364, p. 116; Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 52 s. — Paris, 12 mai 1859, S., 60. 2. 561. — *Contra :* Marcadé, IV, n. 752; Laurent, XVII, n. 10, p. 20 *in fine*.

[2] *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 5, note 5; Laurent, XVII, n. 11 *in fine;* Huc, VII, n. 236, p. 317; Planiol, II, n 364, p. 116. — *Contra :* Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis*-V; Demolombe, XXVII, n. 38. — Le paiement que le débiteur ferait volontairement, sans avoir invoqué la nullité, serait, il est vrai, maintenu, s'il avait lieu après l'époque à laquelle l'obligation aurait pu être confirmée ou ratifiée par un acte spécial. Mais cela provient de ce que ce paiement constituerait une ratification tacite, dans les termes du second alinéa de l'art. 1338. Il n'est nullement besoin de faire intervenir dans cette hypothèse l'idée d'obligation naturelle.

[3] Pothier, *Tr. du jeu*, n. 55, al. 3 *in fine* (édit. Dupin, IV, p. 578).

obligé de les restituer » (1). D'après beaucoup d'auteurs, c'est l'opinion de Pothier qui a été consacrée par le Code : « La loi, dit l'art. 1965, n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari ». Et l'art. 1967 : « Dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie ». Ainsi, en ce qui concerne les dettes de jeu, le Code, d'une part, refuse l'action au créancier, et, d'autre part, au cas de paiement volontaire, refuse au débiteur le droit de répétition. Voilà bien, dit-on, les traits caractéristiques de l'obligation naturelle. L'art. 1967 n'est pas autre chose que l'application de la règle posée dans l'art. 1235, al. 2 : « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ». Cela ressort bien des travaux préparatoires : « Mais si le joueur, plus sévère à lui-même que la loi, dit Siméon dans son rapport au Tribunat, s'est tenu pour obligé : si, fidèle à sa passion et délicat dans son égarement, il a acquitté ce qu'il avait témérairement engagé, il ne sera pas reçu à répéter ce qu'il a payé » (2). Il s'agit donc ici d'une obligation qui n'est pas munie d'une action, mais qui produit de l'effet si elle est reconnue par le débiteur. D'ailleurs, en expliquant la disposition de l'art. 1235, Bigot-Préameneu met au nombre des obligations naturelles « celles dont la cause est trop défavorable pour que l'action soit admise » (3), et, par là, il fait évidemment allusion aux dettes de jeu (4).

Toutefois les auteurs qui adoptent cette opinion sont d'avis,

(1) *Op. cit.*, n. 58 (même édit., IV, p. 580).

(2) Fenet, XIV, p. 551 ; Locré, XV, p. 187, n. 6. — V. Duveyrier, *Discours devant le Corps législatif*, Fenet, XIV, p. 560; Locré, XV, p. 199 *in fine*, n. 4 *in fine*.

(3) Fenet, XIII, p. 264; Locré, XII, p. 364, n. 113.

(4) Toullier, VI, n. 381 ; Colmet de Santerre, V, n 174 *bis*-VIII ; VIII, n. 178 *bis*-I ; Aubry et Rau, IV, p. 6 et p. 574-575, texte et notes 2 et 9 ; Larombiere, IV, p. 62 *in fine* (art. 1235, n. 6, dern. al.); Laurent, XVII, n. 19 et XXVII, n. 194; Arntz, IV, n. 1437 ; Cuq, *op. cit.*, p. 122-127 ; Wiener, *Dissertation, Belgique judiciaire*, 1880, p. 33; Vigié, III, n. 1081, p. 561-562 ; Thiry, IV, n. 205, p. 184-185 ; Guillouard, *Tr. des contr. aléat.*, n. 31-36 et 61 s. ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat.*, etc., n. 85 ; Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 46-50. — Req., 30 mai 1838, S., 38. 1. 753 ; Colmar, 29 janv. 1841, S., 42. 2. 492. — Douai, 8 août 1857, D. P., 58. 2. 46. — Cpr. Troplong, *Des contr. aléat.*, n. 189.

à l'exception de M. Vigié, que les dettes de jeu ne produisent pas tous les effets des obligations naturelles en général, notamment qu'elles ne peuvent pas être novées ou cautionnées [1]. Mais cette restriction peut-elle se justifier? Si l'on admet que les dettes de jeu sont des obligations naturelles, nous ne voyons pas ce qui autorise à dire que le législateur n'a pas voulu leur reconnaître les mêmes effets qu'aux autres obligations naturelles [2].

Dans une autre opinion, cette conception n'était point celle des auteurs du Code. A leurs yeux, le jeu était un acte immoral, un danger social. Cette idée, Portalis l'a exprimée avec insistance dans l'*Exposé des motifs :*

« A la différence des contrats ordinaires qui rapprochent les hommes, *les promesses contractées au jeu les divisent et les isolent.* On ne peut être heureux au jeu que de l'infortune des autres ; tout sentiment naturel entre joueurs est étouffé, *tout lien social est rompu.* Un joueur forme le vœu inhumain et impie de prospérer aux dépens de ses semblables ; il est réduit à maudire le bien qui leur arrive, et à ne se complaire que dans leur ruine. *On ne peut donc trouver dans les promesses et dans les contrats dont nous parlons une cause capable de les rendre vraiment obligatoires... — Quelle faveur peuvent obtenir auprès des lois les obligations et les promesses que le jeu produit, que la raison condamne et que l'équité désavoue?* Ignore-t-on que le jeu favorise l'oisiveté, en séparant l'idée du gain de celle du travail, et qu'il dispose les âmes à la dureté, à l'égoïsme le plus atroce ? Ignore-t-on les révolutions subites qu'il produit dans le patrimoines des familles particulières, *au détriment des mœurs publiques et de la société générale ?* » Et, après avoir reproduit les termes de l'ordonnance de 1629, qui, on l'a vu, déclarait les promesses faites pour le jeu « déchargées de toutes obligations civiles *et naturelles* », Portalis ajoutait : « La jurisprudence ne s'est jamais

[1] V. (sauf M. Vigié) les auteurs *loc. cit.* — V. toutefois Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 102 s. et 139 s. — Mais, parmi ces auteurs, M. Laurent, à la différence des autres, enseigne que, d'une façon générale, les obligations naturelles ne sauraient servir de base à une novation ou à un cautionnement.

[2] V. Vigié, *loc. cit.*

écartée des dispositions de cette ordonnance... *Nous n'avons pas cru devoir abandonner une jurisprudence si favorable aux bonnes mœurs et si nécessaire* pour prévenir les désordres d'une passion dont tous les législateurs ont cherché à réprimer les excès » (1). Siméon, dans son rapport au Tribunat (2) et le tribun Duveyrier, dans son discours devant le Corps législatif (3), ont flétri le jeu en termes non moins énergiques. Cette réprobation exclut aussi bien l'obligation naturelle que l'obligation civile. Si le législateur dispose que, lorsque la dette de jeu a été payée, la répétition n'est pas admise, ce n'est point pour reconnaître un effet à une pareille dette, mais bien par application de la règle *quum dantis et accipientis turpitudo versatur, cessat repetitio.* C'est bien ainsi que Portalis interprétait la disposition de l'art. 1967 : « On a pensé, disait-il, qu'aucune demande en répétition ou en réduction n'est recevable : cette décision est conforme à l'ordonnance de Moulins, qui, en pareil cas, vient seulement au secours des mineurs. Le droit des majeurs est consommé quand les choses ne sont pas entières ; *la loi ne saurait les écouter quand ils l'invoquent pour le fait même dans lequel ils l'ont méconnue.* Nous ajouterons que le repentir de l'avare qui a payé volontairement une dette de jeu n'est pas assez favorable pour réveiller l'attention de la justice » (4). Donc, si le perdant qui a payé n'a pas le droit de répéter, c'est à raison de sa turpitude (5).

(1) Fenet, XIV, p. 539-540 ; Locré, XV, p. 172-174, n. 7.

(2) « *Comment tolérer dans une société bien ordonnée* que les citoyens mettent leur fortune au hasard d'un coup de dé ; qu'une épouse, des enfants voient s'évanouir en une heure toutes leurs ressources et leurs espérances, avec le patrimoine d'un mari ou d'un père dissipateur ?... Il ne nous est plus possible d'aliéner notre personne ; mais qui ignore combien souvent elle est avilie par le jeu ? A combien d'humiliations et de bassesses il entraîne ses malheureuses victimes. On ne joue plus sa liberté, mais on compromet son honneur... Le jeu n'est pas une cause d'obligation, parce qu'il n'est pas nécessaire, qu'il n'est pas utile et qu'il est *extrêmement dangereux* ». Fenet, XIV, p. 549-550 ; Locré, XV, p. 186-187, n. 4.

(3) «... *La loi civile doit seulement le dédaigner* (le jeu), *le méconnaître, lui refuser son appui...* ». Fenet, XIV, p. 558-559 ; Locré, XV, p. 196-200, n. 4 et 5.

(4) Fenet, XIV, p. 542 ; Locré, XV, p. 175, n. 9.

(5) Vidal, *Rev. étr. et franç. de législ.*, VIII, 1842, p. 377 ; Massol, *op. cit.*, p. 302 ; Garsonnet, *Tr. th. et prat. de proc. civ.*, I, § 116, p. 462, note 14 ; Huc, VII, n. 239, p. 310, et XI, n. 320, p. 381-382 ; Planiol, II, n. 2110. — Cass. belg.,

Nous n'avons pas à nous prononcer sur cette délicate question [1].

1662. Plusieurs cours d'appel ont admis d'abord que, dans les cessions d'offices, les engagements résultant d'accords secrets constituaient des obligations naturelles, dont le paiement volontaire ne pouvait pas donner lieu à répétition : « Si de pareils traités sont, en principe de droit civil, frappés d'une nullité d'ordre public, dit la cour de Rouen dans un arrêt du 18 février 1842, cette nullité n'est cependant pas d'une force et d'une nature telles qu'elle puisse pénétrer jusque dans le for intérieur et détruire le principe d'une obligation naturelle » [2]. Mais le but que le législateur a poursuivi en réglementant les cessions d'offices, montre qu'il a entendu refuser tout effet aux conventions clandestines dont nous parlons. La chambre civile, cassant l'arrêt précité de la cour de Rouen, s'est exprimée ainsi : « S'il est vrai que les traités secrets en matière de transmission d'office ne peuvent produire l'obligation civile entre les contractants, il doit être également vrai qu'ils ne sauraient engendrer une obligation naturelle dont la puissance serait de les soustraire à la prohibition de la loi. Pour admettre, en effet, que le paiement volontairement fait en exécution d'une semblable obligation naturelle ne pût être répété, il faudrait nécessairement s'étayer de l'art. 1235 C. civ., c'est-à-dire d'une disposition textuelle du droit civil ; mais on serait conduit à la choquante inconséquence de supposer que le droit civil, qui prohibe le contrat, se prêterait, en même temps, à en protéger l'exécution... Il faut donc reconnaître que le traité secret, ayant pour objet la vente d'un office, ne peut se soutenir par l'art.

19 nov. 1891 (conclusions conformes de M. le Procureur général Mestdagh de ter Kiele), *Pasicr.*, 92. 1. 18. — Cpr. Demolombe, XXVII, n. 45.

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 85-88. — Il ne nous incombe pas de critiquer l'opinion assez étrange qui prétend que la dette de jeu constitue une obligation civile. V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 87.

(2) Rouen, 18 février 1842 (voir les conclusions conformes de M. l'avocat général Rouland), D., *Répert. alph.*, v° *Office*, n. 241, p. 160, note 2 (pour le passage cité, voir p. 162, col. 1). — *Adde*, Paris, 31 janvier 1840, D., *op.* et v° *cit.*, n. 264-1°, p. 167, note 1 ; 15 février 1840, D., *op.* et v° *cit.*, n. 216, p. 153, note 1. — Metz, 14 février 1843, D., *loc. cit.*

1235 C. civ., sous le prétexte d'une obligation naturelle *à laquelle l'ordre public résiste ouvertement* » (¹). Aujourd'hui cette dernière solution paraît avoir définitivement triomphé.

1663. Selon quelques auteurs, le devoir qui incombe au père et à la mère de doter leurs enfants constituerait une obligation naturelle. Ces auteurs se fondent sur le texte de l'art. 204 : « L'enfant n'a point d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement ». Le refus d'action n'est-il pas la caractéristique de l'obligation naturelle? A notre avis cette théorie méconnaît la portée de l'art. 204. Appelé à choisir entre le système des pays de droit écrit, qui, conformément à la tradition romaine, accordait aux enfants l'action dotale, et celui des pays de coutume, qu'exprimait la maxime « Ne dote qui ne veut », le législateur de 1804 s'est prononcé pour le second, et, en conséquence, il a exclu formellement le premier : telle est l'explication de la disposition de l'art. 204. On objecte les termes de l'art. 1439, ainsi conçu : « La dot constituée par le mari seul à l'enfant commun, en effets de la communauté, est à la charge de la communauté ; et, dans le cas où la communauté est acceptée par la femme, celle-ci doit supporter la moitié de la dot... ». Il résulterait de cette disposition que la femme serait tenue de l'obligation naturelle de doter son enfant : sans quoi, dit-on, il n'y aurait pas de motif pour qu'elle dût supporter la moitié de la dot qui a été constituée par le mari seul! Mais c'est là tout simplement une conséquence de ce principe que le mari, en sa qualité d'administrateur de la communauté, peut disposer à titre gratuit des biens compris dans celle-ci, même des immeubles, même de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, quand il s'agit d'établir les enfants communs. Art. 1422. On objecte aussi les termes de l'art. 1438, al. 1er, d'après lequel « si le père et la mère ont doté conjointement

(¹) Civ. cass., 30 juillet 1844, S., 44. 1. 582, D., *op.* et v° *cit.*, n. 241 (pour le passage cité, voir p. 162, note, col. 2). — *Adde* Angers, 20 juin 1844, sous Req., 17 décembre 1845, S., 46. 1. 137. — Req., 1er août 1844, S., 44. 1. 583. — Civ. cass., 5 janvier 1846 (cassant l'arrêt précité de Metz), S., 46. 1. 116, D. P., 46. 1. 14. — V. aussi Civ. rej., 19 janvier 1852, S., 52. 1. 449. — Civ. cass., 13 juillet 1885, S., 86. 1. 205, D. P., 86. 1. 263. — « Il n'y a *ni obligation naturelle ni dette d'honneur* à exécuter une obligation illicite ». Caen, 18 janvier 1888, S., 90. 2. 97.

l'enfant commun, sans exprimer la portion pour laquelle ils entendaient y contribuer, ils sont censés avoir doté chacun pour moitié, soit que la dot ait été fournie ou promise en effets de la communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des deux époux ». En vertu de cette disposition, fait-on observer, il pourra arriver que l'un de ceux-ci doive une récompense. Or toute récompense suppose un bénéfice fait par l'un des conjoints au détriment de l'autre ou de la communauté, et, dans notre hypothèse, le bénéfice ne peut résulter que du paiement de la dette naturelle dont l'époux débiteur de la récompense était tenu au regard de son enfant. Cette déduction est absolument fantaisiste : ici l'application de la théorie des récompenses s'explique par ce principe que, lorsque des personnes s'obligent conjointement, elles sont présumées avoir un intérêt égal dans la dette.

On peut dire, d'ailleurs, que la question est résolue par le législateur lui-même, si du moins on admet que l'exécution d'une obligation naturelle ne renferme pas une libéralité. A plusieurs reprises, en effet, soit expressément, soit implicitement, le Code reconnaît à la constitution de dot le caractère de donation. Et d'abord, aux termes de l'art. 1573, la dot est soumise aux règles du rapport, ce qui suppose bien qu'elle a été reçue par donation entre vifs. Arg. art. 843. Mais l'alinéa premier de l'art. 1422 est formel sur ce point : « Il (le mari) ne peut disposer entre vifs *à titre gratuit* des immeubles de la communauté ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier *si ce n'est pour l'établissement des enfants communs* ». Ainsi, quand le mari dispose entre vifs soit des immeubles de la communauté, soit de l'universalité ou d'une quotité du mobilier de celle-ci pour l'établissement des enfants communs, il fait un acte à titre gratuit : il n'exécute donc pas alors une obligation naturelle. L'art. 1438 est tout aussi explicite, car il qualifie de donation la constitution de dot. Cet ensemble de textes nous paraît décisif [1].

[1] *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis*-X; Huc, II, n. 196; Cuq, *op. cit.*, p. 159; de Folleville, *Notion du droit et de l'obligation*, p. 34, note 1; Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 93. — *Contra* Aubry et Rau, IV, p. 6, note 8, et V, p. 222, texte et note 4; Laurent, XVII, n. 18, p. 31; Thiry, III, n. 40, p. 59; Planiol, III,

1664. A nos yeux le devoir de fournir des aliments, quand on l'envisage au regard de parents ou d'alliés autres que ceux visés par les art. 205 à 207 ne constitue pas une obligation naturelle. En dehors des hypothèses où la loi sanctionne expressément une pareille dette, il ne peut être question que d'un devoir de charité. Cependant cette solution est repoussée par d'éminents auteurs. Mais les termes mêmes dont ils se servent condamnent leur opinion. L'obligation naturelle qu'ils allèguent ne pourrait exister, comme ils le reconnaissent, qu'à la charge des « proches » parents. Quelle portée faut-il donner à cette expression? A quel degré la parenté doit-elle être qualifiée de « proche »? On ne peut répondre à cette question qu'en versant dans l'arbitraire le plus complet; aussi l'opinion qui la fait naître est-elle par là même condamnée. Ainsi, dans la matière, il ne saurait exister une solution intermédiaire entre l'obligation civile parfaite et le simple devoir de conscience : ou le législateur a pleinement sanctionné au profit de certaines personnes le devoir de fournir des aliments, ou ce devoir est dépourvu d'existence juridique [1].

Peu importe, en ce qui concerne spécialement les frères et

n. 853. — L'idée que le devoir de constituer la dot engendre à la charge du père et de la mère une obligation naturelle conduit logiquement à décider que la promesse d'une certaine dot, faite par l'un des auteurs de l'enfant, en vue d'un mariage qui s'est réalisé dans les conditions voulues par le constituant, est valable, bien qu'elle soit consignée dans un acte sous seing privé. MM. Aubry et Rau n'hésitent pas à admettre cette conséquence, et nous croyons que, dans leur système, elle s'impose, car si le devoir de doter fait naître une obligation naturelle, l'engagement contracté pour l'accomplir, ne constituant pas une libéralité, n'est pas soumis aux formalités exigées pour les donations. Il faut toutefois reconnaître que cette conséquence est fort grave. Aussi MM. Rodière et Pont la repoussent-ils. D'après eux, une obligation naturelle « ne serait mise en évidence et ne deviendrait efficace que par le paiement effectif ou *par une donation régulière en la forme* ». Mais la seconde partie de cette proposition est dépourvue de toute base. Cependant M. Laurent adopte la dernière solution. Pour la justifier, il pose en principe que la constitution de dot, quoique faite en exécution d'une obligation naturelle, est une libéralité, et qu'elle est, par conséquent, assujettie aux conditions de forme des donations. Il résulte des longs développements donnés plus haut que ces deux idées sont contradictoires.

[1]) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis*-X *in fine;* Laurent, XVII, n. 16, p. 27; Cuq, *op. cit.*, p. 163; Huc, VII, n. 238, p. 319. — *Contra* Aubry et Rau, IV, p. 6. — Cpr. Bordeaux, 2 fév. 1885, *Journ. arr. de Bordeaux*, 85. 2. 118.

sœurs, que le devoir alimentaire qui existe entre eux fût considéré en droit romain comme une obligation civile. Cela ne prouve point qu'il faille y voir aujourd'hui une obligation naturelle. On aurait tort de croire que toute obligation civile a pour base une obligation naturelle et que celle-ci subsiste quand le législateur supprime celle-là ([1]).

1665. Doit-on voir une obligation naturelle dans le devoir de rémunérer des services, lorsque celui qui les a rendus n'a pas d'action pour obtenir un salaire ? Si nous précisons, comme nous le faisons par ces derniers mots, c'est par le motif que lorsque la personne qui a fourni les services peut agir en justice, la question ne saurait se poser : alors, en effet, il existe, non pas seulement une obligation naturelle, mais une obligation civile parfaite. La difficulté se présente notamment lorsque, à raison des soins extraordinaires qu'un serviteur m'a donnés, je promets de lui servir une pension alimentaire, alors, d'ailleurs, que je lui ai payé intégralement ses gages. Il en est de même lorsque, voulant reconnaître les services qu'une personne m'a rendus en exécutant un mandat accepté par elle gratuitement, je lui transfère la propriété d'une certaine somme. Dans ces hypothèses et dans toutes autres analogues, il y a exécution d'une obligation naturelle quand les services sont appréciables en argent. Mais il y a donation quand ils ne présentent pas ce caractère.

Cette distinction est acceptée en jurisprudence ([2]) ; elle est aussi défendue par plusieurs auteurs ([3]). Mais, parmi ceux qui la repoussent, certains voient toujours dans l'accomplissement du devoir dont il s'agit l'exécution d'une obligation naturelle, sans distinguer si les services sont susceptibles ou

([1]) V. Aubry et Rau, IV, p. 4.

([2]) Riom, 15 fév. 1894, sous Req., 3 déc. 1895, S., 97. 1. 234; D. P., 96. 1. 284. On lit dans cette décision « que le devoir... de reconnaître et de rémunérer les services rendus ne peut devenir le fondement d'une obligation même naturelle que quand ces services sont de la nature de ceux qui se rendent communément à prix d'argent » (formule empruntée presque textuellement à MM. Aubry et Rau). *Adde* Trib. civ. du Havre, 7 déc. 1895, *Rec. du Havre*, 98. 1. 42. — Cpr. Grenoble, 14 juill. 1836, S., 39. 2. 59. — Douai, 2 juill. 1847, D. P., 49. 2. 238. — Req., 7 janv. 1862, S., 62. 1. 599.

([3]) Aubry et Rau, IV, p. 6, et VII, 86 et 379. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et Colin, I, n. 1134, p. 472 ; Troplong, *Donations*, n. 1074.

non d'une évaluation pécuniaire [1], et, certains, au contraire, enseignent que cet accomplissement constitue dans les deux cas une libéralité [2]. La distinction indiquée plus haut nous paraît fondée, car, lorsque les services sont appréciables en argent, la loi aurait pu conférer très légitimement une action à la personne qui les a rendus. On s'explique donc que l'exécution volontaire soit considérée ici comme un paiement et non comme une libéralité. Lors, au contraire, que l'évaluation pécuniaire des services est impossible, il ne serait pas rationnel d'attacher cette sanction au devoir dont nous parlons.

D'ailleurs, même en supposant que les services soient appréciables en argent, il y a donation et non pas exécution d'une obligation naturelle, si le montant de la prestation accomplie comme rémunération ou de l'engagement pris au même titre est très supérieur au salaire qu'il eût été normal de stipuler, eu égard à l'importance des services rendus [3].

1666. Les donations qui n'ont pas été revêtues des formes exigées par la loi engendrent-elles une obligation naturelle? Non, d'après nous. La donation est un contrat solennel, c'est-à-dire un contrat dont l'existence même, et non pas seulement la validité, est subordonnée à l'observation de certaines formes. A défaut de celles-ci, elle n'est pas simplement annulable; elle n'existe pas. Cela résulte de la disposition de l'art. 1339 : « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale ». Elle ne saurait donc produire d'effet. Or l'obligation naturelle est un lien qui, bien qu'imparfait, est reconnu par la loi; il s'ensuit que, si on la fait découler d'une donation non revêtue des formes solennelles, on attribue un effet au néant [4].

[1] Demolombe, XX, n. 39.

[2] Cuq, *op. cit.*, p. 166. — Cpr. Laurent, XII, n. 337.

[3] Aubry et Rau, VII, p. 379. — V. aussi Baudry Lacantinerie et Colin, *loc. cit.*

[4] *Sic* Massol, *op. cit.*, p. 293; Laurent, XVII, n. 13; Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 84-88. — *Contra* Toullier, VI, n. 380. — D'après quelques auteurs, il ne pourrait pas être question d'obligation naturelle au regard du donateur, mais la loi en admettrait une à la charge des héritiers. Marcadé, V, sur l'art. 1340, II; Cuq, *op. cit.*, p. 155-158.

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 1340, « la confirmation ou ratification ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit *les vices de forme*, soit toute autre exception ». Mais il ne faut point en conclure, comme on l'a fait, que la donation inexistante pour défaut de formes produise une obligation naturelle. Et ce qui le prouve bien, c'est que la disposition de l'art. 1340 est étrangère au donateur. D'ailleurs, ainsi que nous l'établirons, la confirmation ne saurait s'appliquer à une obligation naturelle (1). Tout ce qui résulte de l'art. 1340, c'est qu'à la mort du donateur, la nullité absolue se transforme en nullité relative (2).

1667. La même question se pose relativement aux dispositions de dernière volonté contenues dans des testaments irréguliers ou même faits verbalement. Bien qu'elles soient nulles en la forme, c'est-à dire inexistantes, produisent-elles une obligation naturelle à la charge des héritiers ? Nous supposons, bien entendu, que les conditions de fond requises pour que la volonté du disposant fût valable, se rencontrent dans l'espèce. La plupart des auteurs et la jurisprudence adoptent l'affirmative et raisonnent ainsi : Rien ne s'opposait, soit au point de vue rationnel, soit même au point de vue juridique, à ce que le législateur reconnût, en pareil cas, l'existence d'une obligation civile ; et cela est si vrai que chez certains peuples le testament verbal a été et même est encore admis. Il convient donc de décider que si un testament irrégulier ne peut pas, sous l'empire du code civil français, conférer une action aux légataires, l'héritier, en acceptant la succession, contracte du moins l'obligation naturelle de respecter la volonté du testateur.

Mais notre solution sera, pour cette question, la même que pour la précédente, les motifs de décider étant les mêmes. Le testament, comme la donation entre vifs, est soumis à certaines formes solennelles, et l'omission de ces formes

(1) V. *infra*, 1679.

(2) Laurent, XVIII, n. 593; Planiol, III, n. 2532. — Cpr. Huc, VIII, n. 278, p. 348 *in fine* et 349.

entraîne son inexistence. Le testament verbal, ou, plus généralement, le testament irrégulier ne saurait produire aucun effet : il ne peut donc pas faire naître une obligation naturelle (1).

1668. Les engagements que les parties ont qualifiés d'engagement d'honneur, n'engendrent pas d'obligation naturelle (2). Celui qui les prend n'a pas l'intention de se lier au point de vue juridique. D'ailleurs, ce sont des promesses faites sous une condition purement potestative de la part du promettant. Elles ne sauraient donc avoir force obligatoire (3).

(1) *Sic* Massol, *op. cit.*, p. 298 ; Laurent, XVII, n. 14, p. 23, et XII, n. 359, p. 443 ; Huc, VII, n. 237, p. 318 ; Tanaka Yudouron, *op. cit.*, p. 89. — *Contra* Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis*-VI ; Aubry et Rau, IV, p. 6, texte et note 6 ; Demolombe, XX, n. 37 ; Cuq, *op. cit.*, p. 158 *in fine* ; Vigié, II, n. 1573, p. 716 ; Planiol, II, n. 366. — Trib. civ. de la Réole, 4 mars 1846, D. P., 46. 3. 59. — Paris, 16 fév. 1860, D. P., 60. 5. 122. — Civ. rej., 19 déc. 1860, S., 61. 1. 370, D., P., 61. 1. 17. — Req., 20 nov. 1876, S., 77. 1. 69, D. P., 78. 1. 376. — Toulouse, 5 avril 1892, S., 92. 2. 155, D. P., 92. 2. 568. — Montpellier, 30 janv. 1893, S., 94. 2. 84, D. P., 94. 2. 15. — Riom, 15 fév. 1894 (sol. impl.), sous Req., 3 déc. 1895, S., 97. 1. 234, D. P., 96. 1. 284. — Cpr. trib. de l'empire d'Allemagne, 9 oct. 1894, S., 96. 4. 6. — L'arrêt précité de la chambre des requêtes, du 20 novembre 1876, s'exprime ainsi : « Attendu que si une disposition de dernière volonté purement verbale est nulle de plein droit, elle peut cependant, comme constituant une obligation naturelle, servir de cause à une obligation civile valable ». La question s'est posée plusieurs fois à propos de réclamations formulées par l'administration de l'enregistrement. L'arrêt précité du 19 décembre 1860 a décidé que la délivrance d'un legs verbal, constituant, de la part de l'héritier ou du légataire universel qui l'a faite, l'exécution d'une obligation naturelle, et non pas une donation entre vifs, est passible, non du droit proportionnel de mutation, mais simplement du droit fixe, lors, du moins, qu'elle est exempte de toute fraude ayant pour but de dissimuler, au préjudice du Trésor, un acte de disposition directe de l'héritier ou du légataire universel au profit d'un tiers. L'application de ce principe est aujourd'hui passée dans la pratique de l'enregistrement. Dalloz, *Supp. au Rép. alph.*, v° *Enregistr.*, n. 337-339. Mais, anciennement, l'Administration a tantôt admis et tantôt repoussé la possibilité de l'exécution d'un legs verbal, suivant que l'un ou l'autre de ces systèmes autorisait la perception d'un droit plus fort. Trib. civ. de la Réole, 4 mars 1846, précité. V. surtout D. P., 46. 3. 60, col. 1 *in medio*. — La cour de Nîmes, tout en reconnaissant que l'engagement pris par une personne, pour le cas où elle hériterait d'une autre, de servir une pension viagère à un parent de cette dernière, est nul comme pacte sur succession future, a estimé que cet engagement valait du moins comme obligation naturelle. Nîmes, 5 déc. 1860, S., 61. 2. 1. Selon nous, cette décision est contraire aux principes : une promesse nulle comme pacte sur succession future, est dépourvue de toute efficacité ; elle ne saurait donc produire une obligation naturelle. V. notre tome I, n. 261-I.

(2) Cuq, *op. cit.*, p. 171.

(3) V. *supra*, n. 781.

Cependant MM. Aubry et Rau enseignent le contraire [1]. Mais leur solution sur ce point ne peut pas se concilier avec la définition qu'ils donnent des obligations naturelles [2].

Lorsqu'on s'engage sous cette condition « si cela m'est possible », « si mes affaires prospèrent », « si je reviens à meilleure fortune », ou en employant toute autre formule analogue, l'obligation qui prend naissance n'est pas simplement naturelle : c'est une obligation civile [3].

B. *Des obligations naturelles qui survivent à des obligations civiles.*

1669. Le principe de l'autorité de la chose jugée a pour but d'éviter que les procès se renouvellent indéfiniment et qu'il soit rendu sur la même question des décisions contradictoires, ce qui aurait le très grave inconvénient de laisser les droits incertains. Mais, en pratique, l'application de ce principe peut aboutir à des résultats injustes, soit que les tribunaux se décident sur des preuves insuffisantes, soit que la partie condamnée ait omis de se prévaloir de moyens décisifs. Aussi la chose jugée ne fait-elle pas obstacle à la survivance d'une obligation naturelle. Telle était l'opinion de Pothier [4]. Telle était également celle de Bigot-Préameneu [5]. En se prononçant ainsi, on ne porte aucune atteinte à la règle *res judicata pro veritate accipitur :* l'obligation naturelle ne produira d'effet que s'il convient au débiteur de la reconnaître en procédant au paiement ou à un acte équivalent. Elle ne permettra donc pas de remettre en question ce qui a été jugé en dernier ressort [6].

1670. D'après les jurisconsultes romains, le serment litis-

(1) Aubry et Rau, IV, p. 8.

(2) V. Aubry et Rau, IV, p. 4.

(3) Cuq, *loc. cit.* — Req., 26 janv. 1874, D. P., 75. 1. 23. — Cpr. Aubry et Rau, IV, p. 8. — Aix, 11 juin 1872, D. P., 73. 2. 177.

(4) *Oblig.*, n. 196 (édit. Dupin, I, p. 100).

(5) *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 264; Locré, XII, p. 364, n. 113.

(6) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis*-IV; Aubry et Rau, IV, p. 7, texte et note 12; Demolombe, XXVII, n. 39; Cuq, *op. cit.*, p. 147-151; Vigié, II, n. 1573, p. 715; Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 67-70. — *Contra* Massol, *op. cit.*, p. 260; Laurent, XVII, n. 12, p. 22; Huc, VII, n. 236, p. 317, *in fine*, et VIII, n. 334, p. 430.

décisoire éteignait définitivement l'obligation comme l'aurait fait le paiement. Il ne pouvait pas, par conséquent, laisser subsister d'obligation naturelle [1]. Mais Pothier, plaçant à ce point de vue le serment sur la même ligne que la prescription et la chose jugée, voit simplement en lui une fin de non recevoir. Cette dernière conception a passé dans le Code civil, ainsi, d'ailleurs, que l'indique Bigot-Préameneu [2]. L'art. **1363** ne déclare non recevable à prouver la fausseté du serment que la partie qui l'a déféré. L'autre partie serait donc admise, au contraire, à reconnaître cette fausseté. De plus, en déférant le serment, le créancier offre au débiteur une transaction. Or, aux termes de l'art. **2052** « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ». Ainsi les motifs qui, pour le cas de chose jugée, nous ont fait décider qu'il y a survivance d'une obligation naturelle, doivent nous faire adopter la même solution pour le cas de serment litisdécisoire [3].

1671. La prescription n'est qu'une exception péremptoire, opposable à l'action du créancier et fondée sur ce fait que celle-ci n'a pas été exercée dans un délai déterminé par le législateur. Elle ne saurait donc atteindre que le droit d'action, et, par suite, quand elle est invoquée, par le débiteur, elle n'a pas d'autre effet que de transformer l'obligation civile en obligation naturelle [4]. C'était, nous le savons, l'opinion de Pothier : « Une obligation civile, disait-il, lorsque le débiteur a acquis contre l'action qui en résulte quelque *fin de non recevoir, puta.....* par le laps de temps requis pour la prescription, peut aussi être regardée comme une obligation purement naturelle, tant que la fin de non recevoir subsiste et qu'elle n'est pas couverte » [5].

(1) L. 42 pr. D., *De jurejurando*, XII, 2.

(2) Pothier et Bigot-Préameneu, *loc. cit.*

(3) *Sic* Colmet de Santerre, Demolombe, Aubry et Rau, Vigié, *loc. cit.*; Cuq, *op. cit.*, p. 151-152 ; Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 70-72. — *Contra* Massol, *op. cit.*, p. 262 ; Laurent, *loc. cit.*; Huc, VII, n. 236, p. 317 *in fine*.

(4) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Fenet, XIII, p. 264, Locré, XII, p. 364, n. 113.

(5) Pothier, *Oblig.*, n. 196 (édit. Dupin, I, p. 100). — Cpr. Bouhier, sur la cout. de Bourgogne, chap. XIX, n. 151 (I, p. 556).

Dunod, il est vrai, défendait la théorie contraire : « La loi civile, disait-il, a voulu que le débiteur fût entièrement à couvert après tente ans, et *il ne le serait pas s'il était encore obligé naturellement*. Elle peut éteindre l'obligation naturelle comme elle peut l'empêcher de naître ; et elle s'éteint par tout ce qui, suivant les maximes du droit, tient lieu de paiement » (1). Mais il s'agit d'abord de savoir si la prescription opère comme le paiement. Déjà, dans notre ancien droit, c'était la négative qui comptait le plus de partisans, et dans l'état actuel de notre législation, elle ne nous paraît pas contestable. Arg. **2220** et **2224**. La survivance d'une obligation naturelle, d'après Dunod, empêcherait que le débiteur fût complètement protégé par la prescription acquise. C'est inexact, car une pareille obligation ne saurait être rendue efficace que par un acte volontaire du débiteur (2).

1672. La remise qu'un failli obtient par le concordat laisse subsister une obligation naturelle. Les créanciers ont renoncé à leur droit de poursuite ou en ont été dépouillés. Ils n'ont certainement pas consenti une libéralité au débiteur. Ce qui prouve bien, d'ailleurs, que la partie des dettes remise n'est pas éteinte, c'est que le failli ne peut pas être réhabilité s'il ne l'a pas payée. Art. **604** C. comm. (3).

(1) Dunod de Charnage, *Des prescrip.*, p. 108.

(2) *Sic* Merlin, *Répert.*, v° *Prescript.*, sect. I, § 2 *in fine* ; Delvincourt, II, n. 452 et 453 ; Duranton, X, n. 41, et XXI, n. 106 ; Taulier, VII, p. 445 ; Marcadé, sur l'art. 2219, n. 4 ; Leroux de Bretagne, I, n. 11 s. ; Colmet de Santerre, Demolombe, Vigié, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, IV, p. 7, note 11, et VIII, p. 448 ; Larombière, VII, p. 470 (art. 1376, n. 22) ; Arntz, IV, n. 2005 2006, p. 410 411 ; Cuq, *op. cit.*, p. 142-147 ; Vigié, II, n. 1573, p. 715 ; Thiry, IV, n. 643, p. 557 ; Baudry Lacantinerie et Tissier, *De la prescrip.*, n. 104 ; Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 72 s. — Cpr. Planiol, II, n. 720, p. 217. — *Contra* Troplong, *Prescrip.*, n. 29 s. ; Massol, *op. cit.*, p. 258 ; Laurent, XXXII, n. 205 ; Huc, VII, n. 236, p. 317 *in fine*.

(3) Duranton, X, n. 40 ; Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis* VII ; Aubry et Rau, IV, p. 7 ; Demolombe, XXVII, n. 40 ; Laurent, XVII, n. 21, p. 35 ; Vigié, II, n. 1573, p 716 ; Cuq, *op. cit.*, p. 153 ; Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, II, n. 2913, p. 798, et *Tr. de dr. comm.*, VII, n. 617, p. 503 ; Thiry, III, n. 40, p. 59 ; Valabrègue, *Nouv. cours de dr. comm.*, p. 498 ; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 2e édit., n. 2099, p. 1080 ; Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 80 83. — Bordeaux, 24 août 1849, S., 50. 2. 17, D. P., 50. 2. 102. — Civ. cass., 29 janv. 1900, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 1900. 3. 45. — Cpr. req., 1er déc. 1863, S., 64. 1. 158, D. P., 64. 1. 132. — Civ. rej., 29 avril 1873, D. P., 73. 1. 207.

1673. Les rentes féodales ou mélangées de féodalité, après avoir été déclarées rachetables par l'Assemblée constituante, furent supprimées sans indemnité par la Convention. Mais, eu égard à leur origine historique, on s'accorde à décider que, malgré leur suppression, l'engagement de les servir a conservé la force d'obligation naturelle. En général, ces rentes représentaient le prix des immeubles qui les devaient, de sorte qu'en réalité c'étaient des rentes foncières. Quant à celles qui avaient été créées comme condition de l'affranchissement des serfs, elles avaient permis à ces derniers d'arriver à la liberté. La constitution des rentes féodales avait donc engendré non seulement une obligation civile, mais aussi un lien naturel qui ne disparut pas lorsque le législateur les abolit pour des raisons politiques [1].

III. *Des effets de l'obligation naturelle.*

1674. La loi ne mentionne qu'un effet de l'obligation naturelle : la validité du paiement opéré en vue de l'exécuter : « *La répétition, dit-elle, n'est pas admise à l'égard des obli-* » *gations naturelles qui ont été volontairement acquittées* ». Art. 1235, al. 2. Quelle est ici la portée de l'expression *volontairement?* Sans doute, pour que la répétition soit interdite, il est indispensable que le paiement n'ait été obtenu ni par dol ni par violence. Mais ce n'est pas là ce que signifie notre texte. Il exige que le débiteur sût, au moment où il a payé, qu'il ne pouvait pas être contraint à le faire, la dette ayant le caractère d'obligation naturelle et, en conséquence, n'étant pas sanctionnée par une action. Quand cette condition est remplie, le paiement constitue une reconnaissance, un aveu de l'existence de la dette ; il est donc constaté alors de la façon la plus sûre qu'il a une cause ; voilà pourquoi l'art. 1235 le déclare valable dans ce cas. Ainsi, pour que le paie-

[1] *Sic* Toullier, VII, n. 383 ; Aubry et Rau, IV, p. 8, texte et note 14 ; Laurent, XVII, n. 20. — Sect. civ. cass., 3 juill. 1811, S. chr., III. 1. 374. — Angers, 31 juill. 1822, S. chr., VII. 2. 107. — Angers, 9 juill. 1830, sous Req., 19 juin 1832, S., 32. 1. 859, D. P., 32. 1. 250. — Civ. cass., 28 janv. 1840, S., 40. 1. 229. D. *Rép. alph.*, v° *Propr. féodale*, n. 461-1°. — *Contra* Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 96.

ment échappe à la répétition, il ne suffit pas qu'il ait eu lieu *librement,* ni même *spontanément;* la loi veut qu'il ait été fait *sciemment,* c'est-à-dire *en connaissance de cause* (1).

En droit romain, au contraire, lorsque le débiteur, tenu d'une obligation naturelle, avait acquitté la dette, parce qu'il se croyait tenu *civiliter,* il n'avait pas la *condictio indebiti,* car si, dans ce cas, il y avait eu erreur, il n'y avait pas *indebitum.*

La façon dont le législateur s'est exprimé dans l'art. 1235, al. 2, mérite d'être notée. Quand une obligation naturelle est volontairement acquittée, « *la répétition n'est pas admise* », tels sont les termes de cette disposition. Le législateur ne dit rien de plus. Le paiement n'a donc pas la puissance de convertir l'obligation naturelle en obligation civile. Et on comprend qu'il en soit ainsi, car, en payant, le débiteur n'a certainement pas eu l'intention d'opérer cette transformation. De là, deux conséquences d'un grand intérêt pratique :

1° Si le créancier est évincé de la chose donnée en paiement de l'obligation naturelle, il n'a pas d'action en garantie contre le débiteur.

2° Le paiement partiel d'une obligation naturelle ne donne pas au créancier le droit d'agir en justice pour contraindre le débiteur à compléter l'exécution (2).

L'obligation naturelle supposant une dette juridique, le débiteur qui l'acquitte fait un paiement proprement dit et non pas une donation. Il ne saurait donc être question d'appliquer à cet acte les règles du rapport ou de la réduction.

1675. La validité du paiement est-elle le seul effet que produise l'obligation naturelle ? La jurisprudence et la plu-

(1) *Sic* Marcadé, IV, n. 671 ; Mourlon, *Répét. écrites,* II, n. 1311 ; Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis*-XI ; Aubry et Rau, 4e édit., IV, p. 729 ; Larombière, IV, p. 63 (art. 1235, n. 8) ; Demolombe, XXVII, n. 47 ; Cuq, *op. cit.,* p. 178 ; Arntz, III, n. 162, p. 92 ; Laurent, XVII, n. 26, p. 41 ; Thiry, III, n. 44, p. 62 ; Huc, VIII, n. 4, p. 11 ; Lomonaco, *op. cit.,* II, p. 26. — *Contra* Massol, *op. cit.,* p. 231 ; Molitor, I, n. 46 ; Giorgi, *op. cit.,* I, n. 45-50, p. 49-57. — Aubry et Rau avaient d'abord adopté cette dernière opinion, 3e édit., III, p. 442.

(2) Demolombe, XXVII, n. 40-50 ; Larombière, IV, p. 64 (art. 1235, n. 9) ; Huc, VIII, n. 5, p. 12. — Trib. civ. de Bordeaux, 7 juin 1895, joint à Bordeaux, 11 mars 1896, *Journ. des arr. de Bordeaux,* 96. 1. 265.

part des auteurs lui en reconnaissent plusieurs autres. D'après l'opinion générale, cette obligation peut servir de cause à une novation, elle est susceptible d'être garantie par un cautionnement, par un nantissement ou par une hypothèque. Il en est ainsi, du moins, si la novation est consentie par le débiteur, si l'hypothèque ou le gage est conféré par lui ou sur sa demande, si la caution s'engage sur sa prière [1]. M. Laurent constate, qu'au point de vue rationnel, une fois admis le paiement volontaire de l'obligation naturelle, il n'y a pas de raison pour ne pas accepter les autres effets que nous venons d'indiquer : « Si la question pouvait être décidée en théorie, dit-il, il faudrait dire que toute obligation naturelle est susceptible d'être cautionnée. Pourquoi, la loi valide-t-elle le paiement d'une dette naturelle ? Parce que le débiteur qui paye une dette naturelle reconnaît qu'il est lié ; la loi approuve cette reconnaissance volontaire. Si elle permet au débiteur de reconnaître la dette en la payant, pourquoi ne pas lui permettre de la reconnaître en fournissant à son créancier une caution ou une hypothèque » ? [2]. Cependant, il estime que, sous l'empire du Code civil, ces derniers effets sont impossibles, notre législateur ayant reproduit le système de Pothier, qui les rejetait. Mais, du moment que la possibilité de la novation, du cautionnement, de la constitution de gage ou d'hypothèque est le corollaire naturel de la possibilité du paiement volontaire, il faudrait, pour nier la première alors que la seconde est expressément admise par la loi, un texte imposant cette inconséquence. En est-il ainsi ? La seule disposition qui soit relative aux obligations naturelles est conçue en ces termes : « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ». Art. 1235, al. 2. Si l'on envisage cette disposition en elle-même, peut-on en déduire que l'obligation naturelle ne saurait servir de base à une novation, à un

[1] V. notamment Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis*-III; Cuq, p. 189-497; Huc, VII, n. 236, p. 317; Vigié, II, n. 1575, p. 716; Planiol, II, n. 361, al. 2 ; Vittorio Polacco, *op. cit.*, I, p. 74-76. — C. civ. chil., art. 1374. — C. civ. argent., art. 518. — Cpr. Aubry et Rau, IV, p. 8-9.

[2] Laurent, XVII, n. 28, p. 43.

cautionnement, à un nantissement, à une hypothèque ? Non, les termes de la disposition précitée ne sont point exclusifs de ces derniers effets. Le Code civil dit bien que le paiement de l'obligation naturelle est à l'abri de la répétition, mais il n'ajoute pas que ce soit le seul résultat possible de cette obligation. Pourquoi interpréter le silence du législateur comme la consécration d'une solution arbitraire et dépourvue de tout fondement rationnel ? M. Laurent invoque l'autorité de Pothier. Mais la loi ne s'exprime point comme le faisait ce dernier, et on a vu que les explications de Bigot-Préameneu différaient sensiblement de celles du grand jurisconsulte.

1676. Après avoir établi, comme nous l'avons fait, qu'on ne saurait restreindre l'effet de l'obligation naturelle à la seule possibilité du paiement *stricto sensu* effectué volontairement, il nous sera facile de démontrer que cette obligation peut être cautionnée. Il est de principe que toute obligation valable peut servir de base à un cautionnement. C'est dire que l'obligation naturelle peut être l'objet d'une pareille garantie. Certains auteurs, cependant, partent du même principe pour arriver à la solution opposée. Mais cela provient de ce qu'ils faussent la notion même de l'obligation naturelle. Celle-ci n'a pas reçu la plénitude de la sanction civile ; elle n'est pas munie d'une action ; mais elle n'en est pas moins valable au point de vue juridique. De ce qu'elle est imparfaitement sanctionnée, on ne peut certes point conclure à son inexistence ou même à son invalidité. Dès lors il n'y a pas de raison pour qu'elle ne puisse pas servir de support à un cautionnement. De l'aveu de M. Laurent, il faut, en théorie, dire que toute obligation naturelle est susceptible d'être cautionnée. C'est, en effet, la solution rationnelle. Or nous ne croyons pas que les termes de l'art. 1235, al. 2, s'opposent à ce qu'elle soit admise sous l'empire de notre législation.

On peut encore, dans notre sens, tirer argument de la disposition contenue dans le second alinéa de l'art. 2012. Il résulte de cette disposition que l'engagement de la caution ne disparaît pas lorsque l'obligation principale est annulée en vertu d'une exception personnelle au débiteur principal,

c'est-à-dire parce qu'elle a été contractée par un incapable. Cette décision suppose qu'à l'obligation annulée survit une obligation naturelle et que cette dernière sert désormais de soutien à l'engagement accessoire. Mais si, dans cette circonstance, une obligation naturelle est un appui suffisant pour le cautionnement, pourquoi n'aurait-elle pas la même force au moment où celui-ci prend naissance (1) ?

Rappelons, au surplus, que Domat enseignait déjà qu'une obligation naturelle pouvait être cautionnée (2).

Nous devons toutefois faire ici deux remarques : d'abord, par application de ce principe que l'obligation naturelle ne saurait, dans le système du Code civil, avoir d'effet en dehors de la volonté de l'obligé, une caution ne peut garantir valablement un pareil engagement que si elle a été fournie ou au moins admise par le débiteur. C'est donc vainement qu'elle interviendrait à l'insu ou contre le gré de celui-ci (3).

En outre la caution qui a payé la dette naturelle n'a pas de recours contre le débiteur, et, en supposant qu'elle se fasse subroger aux droits du créancier, il est évident que cette subrogation ne peut pas lui conférer une action (4).

(1) *Sic* Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis*-III, p. 295, et VIII, n. 240 *bis*-II ; Pont, *Petits contrats*, II, n. 36-41 ; Guillouard, *Cautionn.*, n. 54, p. 58-61 ; Vigié, II, n. 1575, p. 716 ; Huc, VII, n. 236, p. 317 ; Thiry, IV, n. 235, p. 215 *in fine*, n. 216 ; Cuq, *op. cit.*, p. 192-195 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mandat, du cautionn.*, n. 946 947 ; Planiol, II, n. 2329. — Bordeaux, 2 fév. 1885, *Journ. des Arrêts de Bordeaux*, 85. 1. 118. — Riom, 27 juill. 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 539. — Solution expresse dans C. civ. chilien, art. 1472 et C. civ. arg., art. 518. — Cpr. Larombière, IV, p. 64 (art. 1235, n. 10) ; Arntz, IV, n. 1495, p. 168. — *Contra* Aubry et Rau, IV, p. 10, texte et note 24, et p. 676 *in fine*, texte et note 5 ; Laurent, XVII, n. 28, p. 42 ; Giorgi, *op. cit.*, I, n. 57 ; Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 110-114.

(2) *Lois civiles*, 1re partie, liv. III, tit. IV, sect. I, n. 3. — V. la citation *supra*, n. 1654 *in fine*.

(3) On conçoit, d'ailleurs, que le débiteur puisse avoir un intérêt moral à faire cautionner l'obligation naturelle. Il est possible que, d'une part, il ne soit pas en situation d'acquitter la dette, et que, d'autre part, comme il lui serait désagréable, pour des considérations particulières, de ne pas être libéré envers le créancier quand celui-ci voudra être payé, il tienne à fournir caution. — Cpr. Guillouard, *Caution.*, p. 60. — V. cependant Cuq, *op. cit.*, p. 195.

(4) Cuq, *loc. cit.* — D'après Arntz, « on peut cautionner une dette naturelle, mais seulement dans les limites de cette obligation ; c'est-à-dire que le créancier n'a pas d'action, mais que si la caution a payé, elle ne peut pas répéter ». L'obligation accessoire serait donc, elle aussi, simplement naturelle. Cette limitation des effets

1677. L'obligation naturelle est également susceptible d'être garantie par un nantissement, par une constitution d'hypothèque (1). D'une façon générale, le raisonnement est le même que pour la question précédente : le nantissement et la constitution d'hypothèque sont des contrats accessoires. Ils ne peuvent donc se former que s'il existe une obligation principale valable. Mais l'obligation naturelle présente ce dernier caractère : même au point de vue juridique, elle est valable. Dès lors il faut décider que les deux sûretés dont nous parlons peuvent être fournies au créancier (2).

1678. L'obligation naturelle, comme nous l'avons indiqué, peut servir de cause à une novation, pourvu que celle-ci soit voulue par le débiteur (3). L'obligation naturelle est imparfaite en tant qu'obligation civile, mais elle n'en a pas moins une existence juridique. Il est donc normal qu'elle puisse être remplacée par une autre obligation. D'ailleurs, la novation n'implique-t-elle pas, tout comme le paiement, la reconnaissance du lien de droit et l'intention de lui donner une efficacité civile ? Il n'y a même pas de raison pour dire qu'à ce point de vue l'aveu contenu dans la novation est moins concluant que celui résultant du paiement. Si tout paiement suppose une dette, il en est de même de toute novation. Ainsi, que le débiteur paie ou nove, il met volontairement hors de doute l'existence de l'obligation naturelle. Dans

du contrat de cautionnement est purement arbitraire. Elle n'a de base dans aucun texte de loi ni dans aucun principe juridique. On tient suffisamment compte du caractère de l'obligation principale, en décidant, comme nous le faisons, que si, la caution paie, elle n'aura pas de recours en justice contre le débiteur principal. — Cpr. Guillouard, *op. cit.*, n. 54, p. 61 et n. 64, p. 75 *in fine*.

(1) Huc, VII, n. 236, p. 317; Vigié, II, n. 1575, p. 716; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des priv. et hyp.*, II, n. 1280. — Il s'ensuit que, si un engagement civil, en garantie duquel une hypothèque ou un nantissement a été constitué par un tiers, est annulé à raison de l'incapacité du débiteur, la sûreté subsiste, trouvant un soutien dans l'obligation naturelle qui survit à l'annulation. Le principe général que nous avons posé ci-dessus conduit, en effet, à étendre la disposition du second alinéa de l'art. 2012. — Cpr. Pont, *Priv. et hyp.*, II, n. 721 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n. 902, p. 9.

(2) *Contra* Giorgi, *loc. cit.;* Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 114.

(3) Cette restriction, que beaucoup d'auteurs n'expriment pas, est évidemment essentielle. Il résulte de l'art. 1235, al. 2, que, d'une façon générale, l'intention du débiteur est indispensable pour l'efficacité juridique de l'obligation naturelle.

les deux cas, le principe qui s'oppose à ce que cette obligation produise de l'effet malgré lui, est respecté. Dans les deux cas, par suite, il est tenu compte de la différence essentielle qui sépare l'obligation civile proprement dite de l'obligation naturelle (1).

Dira-t-on qu'aux termes de l'art. **1235**, al. **2**, le seul effet de cette dernière obligation est le paiement volontaire et que cette conception, quelque arbitraire, quelque peu rationnelle qu'elle soit, étant celle du législateur, s'impose à nous? On a vu plus haut la réponse à cette objection (2). Ajoutons cependant une observation importante : l'interprétation que nous repoussons est d'autant plus entachée d'inconséquence que la novation a les plus grandes affinités avec le paiement proprement dit. En définitive, elle n'est pas autre chose qu'une *datio in solutum;* le débiteur qui nove donne une autre obligation en paiement de l'ancienne (3). Bien que, dans l'art. **1235**, al. **2**, le législateur se borne à employer le mot *paiement*, on ne dira certainement pas que le débiteur naturel ne peut pas recourir valablement à la *datio in solutum*. Pourquoi alors lui refuser le droit de nover?

Disons en terminant que, dans notre hypothèse, l'engagement contracté par voie de novation ne doit être considéré ni quant au fond, ni quant à la forme, comme un acte de libéralité.

1679. Si l'obligation naturelle peut être novée, elle ne saurait au contraire être confirmée. A notre avis cette solution découle de la notion même de la confirmation. Aux termes de l'art. **1338**, celle-ci intervient à propos d'une obligation

(1) *Sic* Duranton, X, n. 337 et s., et XII, n. 293; Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis*-III et n. 219 *bis*-VII; Larombière, IV, p. 64 (art. 1235, n. 9); Aubry et Rau, IV, p. 8 *in fine*, et p. 213; Demolombe, XXIV, n. 351 et XXVIII, n. 256; Arntz, III, n. 159; Huc, VIII, n. 105, p. 141; Vigié, II, n. 1575, p. 716; Thiry, III, n. 41, p. 60; Cuq, p. 190; Lomonaco, II, n. 136, p. 202; Planiol, II, n. 561; Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 104-107. — Bordeaux, 24 août 1849, S., 50. 2. 17. — Paris, 24 avril 1858, S., 58. 2. 423. — Poitiers, 2 juill. 1872, S., 73. 2. 112, D. P., 72. 2. 166. — Solution expresse dans C. civ. chil., art. 1630. — *Contra* Laurent, XVII, n. 29, p. 43 *in fine*-45 et XVIII, n. 245, p. 263; Giorgi, *loc. cit.*, et VII, n. 351, p. 440 *in fine*.

(2) V. le numéro précédent.

(3) Demolombe, XXVIII, n. 231; Huc, VIII, n. 103, p. 138; Vigié, II, n. 1606 *in fine*, p. 727.

« contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision », et elle suppose chez son auteur « l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée ». Cela ne peut pas s'appliquer à l'obligation naturelle. Quant à elle, il ne saurait être question d'éteindre une action en rescision ou en nullité. Ce serait un non sens de la part du débiteur de songer à la faire annuler ou rescinder, puisqu'il lui suffit, pour qu'elle demeure sans effet, de vouloir qu'il en soit ainsi. D'autre part, entendrait-il confirmer cette obligation, il ne pourrait pas faire naître une action au profit du créancier. La confirmation consolide ce qui existe. Elle ne saurait créer. Ce résultat ne peut être obtenu que par la novation, car il suppose la substitution, à l'obligation naturelle, d'une autre obligation civilement parfaite (1).

M. Laurent nous paraît donc avoir tort lorsqu'il reproche à M. Larombière et à MM. Aubry et Rau de verser dans une contradiction en repoussant ici la confirmation bien qu'ils admettent la novation de l'obligation naturelle. Pourquoi, demande-t-il, la confirmation n'aurait-elle pas pour effet, comme la novation, de transformer l'obligation naturelle en obligation civile (2)? Tout simplement parce que la confirmation, à la différence de la novation, n'apporte aucun élément nouveau (3).

Il ne nous semble même pas qu'il y ait au point de vue rationnel, comme le prétend le même auteur, contradiction à rejeter la confirmation tandis qu'on admet le paiement volontaire. En réalité, dit M. Laurent, le débiteur qui paie volontairement confirme tacitement l'obligation naturelle. Or, puisque la loi donne effet à la confirmation tacite résultant du paiement, elle devrait à plus forte raison autoriser la confirmation expresse (4). Ce raisonnement manque de base.

(1) *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 9 ; Demolombe, XXIX, n. 730 *bis ;* Larombière, IV, p. 64 (art. 1235, n. 9); Huc, VIII, n. 276, p. 374 ; Cuq, p. 192 ; Tanaka Yudourou, *op. cit.*, p. 107-110. — Cpr. Laurent, XVII, n. 31, p. 48-49, et XVIII, n. 569, p. 576-577 ; Lomonaco, II, n. 187, p. 561. — *Contra* Toullier, VI, n. 391 ; Marcadé, V, art. 1338, II.

(2) Laurent, XVII, n. 31 *in fine*, p. 49.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 9, note 22.

(4) Laurent, XVII, n. 31, p. 48 *in fine*, 49.

Tout ce que la loi dit relativement au paiement volontaire de l'obligation naturelle, c'est que la répétition n'est pas admise en ce qui le concerne. Le débiteur ne pourra donc pas recouvrer la propriété de la chose payée. Mais cela n'implique nullement l'idée de confirmation tacite. Les termes de la loi, en effet, n'autorisent pas le créancier, en cas de simple paiement partiel, à réclamer en justice un complément d'exécution. Il en serait autrement si le paiement emportait confirmation.

1680. Cependant, d'après la jurisprudence « les obligations naturelles peuvent servir de cause valable à des obligations civiles », et, en conséquence, la promesse de payer, que le débiteur fait avec la connaissance du véritable caractère de sa dette, est civilement obligatoire (1). Une pareille promesse peut valablement être faite par lettre missive (2), et, à plus forte raison, par acte sous seings privés, car elle ne constitue point une donation, et, par conséquent, les formes solennelles prescrites par les art. 931 s. ne sont pas requises quant à elle (3).

1681. Les obligations naturelles ne peuvent pas faire l'objet de la compensation légale. On ne saurait objecter que ce mode d'extinction équivaut à deux paiements réciproques, et que le paiement est possible pour les obligations dont nous parlons. Le paiement d'une dette naturelle n'est à l'abri de la répétition que s'il a été fait *volontairement*. Or la compensation légale a lieu malgré les intéressés et même à leur insu. Art. 1290. Elle s'analyse donc en deux paiements forcés.

(1) Bordeaux, 13 mars 1900, *Journal des Arrêts de Bordeaux*, 1900. 1. 273. — *Adde* Req., 20 nov. 1876, S., 77. 1. 69, D. P., 78. 1. 376. — Toulouse, 5 avril 1892, S., 92. 2. 155, D. P., 92. 2. 568. — Montpellier, 30 janv. 1893, S., 94. 2. 84, D. P., 94. 2. 15. — Trib. civ. Périgueux, 9 juin 1894, *Journal des Arrêts de Bordeaux*, 95. 2. 7. — Bordeaux, 16 juin 1896, S., 97. 2. 275, D. P., 97. 2. 314. — *Sic* Demolombe, XXIX, n. 730 *bis*. — V. toutefois en sens contraire trib. de l'Empire d'Allemagne, 16 octobre 1891, D. P., 93. 2. 115.

(2) Toulouse, 5 avril 1892, précité. — Jugé que si la preuve littérale des obligations civiles contractées en exécution d'obligations naturelles, n'est pas rapportée, on peut y suppléer par la preuve testimoniale et même par les présomptions graves, précises et concordantes, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Bordeaux, 13 mars 1900, précité.

(3) Bordeaux, 16 juin 1896, précité.

Ainsi la condition expressément exigée par l'art. 1235, al. 2, pour que le paiement des obligations naturelles soit valable ne se rencontre pas ici. On peut ajouter qu'aux termes de l'art. 1290, la compensation légale ne s'opère qu'entre dettes exigibles, et que les obligations dont il s'agit ne présentent pas ce caractère puisque le créancier ne peut pas agir en justice (1).

La question est d'autant moins douteuse que Bigot-Préameneu a formellement déclaré, dans l'*Exposé des motifs*, que l'obligation naturelle « ne peut faire la matière d'une compensation » (2).

Mais, bien entendu, nous ne parlons ici que de la compensation légale. L'obligation naturelle pourrait être éteinte au moyen d'une compensation conventionnelle, car celle-ci suppose la volonté du débiteur.

1682. Si, comme nous venons de le démontrer, on ne peut pas, sous l'empire de notre législation, opposer en compensation une créance naturelle, on ne saurait davantage puiser dans une pareille créance un droit de rétention. Le contraire est cependant enseigné par M. Huc. Mais la solution donnée ici par ce jurisconsulte est inconciliable avec celle qu'il admet en matière de compensation. Pour les deux questions, la raison de décider est la même : l'obligation naturelle est susceptible seulement d'une exécution volontaire. Pourquoi la créance naturelle ne peut-elle pas entrer en compensation ? Parce que ce mode d'extinction impliquerait le paiement forcé de la dette naturelle (3). De même, pourquoi l'obligation dont nous parlons n'engendre-t-elle pas le droit de rétention? Parce que ce droit fournirait

(1) *Sic* Toullier, III, n. 389; Duranton, XII, n. 405; Desjardins, n. 120; Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis*-III et 242 *bis*-X; Demolombe, XXVIII, n. 543; Laurent, XVII, n. 27, p. 42; Cuq, p. 190; Vigié, II, n. 1575 *in fine*, p. 716; Thiry, III, n. 82, p. 107; Huc, VIII, n. 155, p. 201; Planiol, II, n. 600; Tanaka Yudourou, p. 104. — *Adde* les auteurs italiens, Giorgi, VIII, n. 14. p. 21 *in fine;* Lomonaco, I, n. 3, p. 27, et II, n. 153, p. 328-330. — Mais voyez Massol, p. 249.

(2) Fenet, XIII, p. 264; Locré, XII, n. 113 *in fine*, p. 365.

(3) V. Huc, VIII, n. 155, p. 201 : « Leur admission (l'admission des obligations naturelles) en compensation se traduirait d'ailleurs par un paiement effectué malgré le débiteur, ce n'est pas possible ».

un moyen de contraindre le débiteur à l'exécution. Cela ne peut manquer de paraître évident si l'on a présente à l'esprit la notion du droit de rétention. Qu'est-ce que ce droit ? « C'est, répond M. Huc, le droit en vertu duquel celui qui détient une chose qu'il est obligé de restituer, peut, en s'autorisant d'une créance *exigible* se rapportant au même fait que celui d'où est née sa dette, retarder la restitution jusqu'à ce que satisfaction lui soit donnée ». Voilà qui milite absolument en notre sens : la créance naturelle n'est pas *exigible*, et, par suite, son titulaire n'est pas armé du droit de rétention. Au surplus, le même auteur, s'inspirant des théories allemandes, met très bien en relief la grande ressemblance qui existe entre ce droit et la compensation : « Dans les deux cas, il y a dette réciproque, et l'un des débiteurs s'autorise de ce fait pour refuser de payer ce qu'il doit. Dans le cas de rétention, il refuse le paiement *pour forcer son créancier à lui payer ce que celui-ci lui doit;* c'est donc un *moyen de contrainte pour obtenir* un paiement. Dans le cas de compensation, il s'agit de deux dettes fongibles entre elles, liquides et exigibles, alors le débiteur se paie sur ce qu'il doit lui-même, en d'autres termes en ne payant pas ce qu'il doit. *Le droit de rétention est une sorte de saisie temporaire* opérée sur soi-même, mais n'allant pas jusqu'à la libération. La compensation est une véritable saisie opérant libération réciproque » (1). Ce rapprochement est fort exact, fort juridique, mais ne prouve-t-il pas que le paiement d'une obligation naturelle ne peut pas être obtenu au moyen du droit de rétention (2) ? M. Huc ne le pense pas, car il ajoute : « La créance que le droit de rétention est destiné à protéger peut être civile ou simplement naturelle. *Dans ce dernier cas le droit de rétention supplée en quelque sorte au droit d'action.* Ce point est d'autant plus certain que l'obligation naturelle

(1) VII, n. 169, p. 236-237.

(2) Dans le n. 155 de son tome VIII, M. Huc, après avoir enseigné dans les termes rapportés à la page précédente, note 1, que l'obligation naturelle n'est pas compensable, ajoute : « Il y a donc sous ce rapport une notable différence entre la compensation et le droit de rétention, *avec lequel la compensation a d'ailleurs tant d'affinité* ». Cette différence, si elle existait, serait, en effet, notable ; mais sur quoi M. Huc se fonde-t-il pour affirmer son existence ?

engendre, de l'aveu de tout le monde, une exception, et que le droit de rétention se produisait à Rome par *l'exception doli,* et se produit pareillement dans le droit moderne sous la forme d'une exception. D'ailleurs, suivant une observation de Cujas, c'est précisément pour protéger les créances naturelles que le droit de rétention a été introduit : *Nam his est effectus naturalis debiti, ut possit naturale debitum servari per retentionem* » (¹).

Nous protestons contre ces diverses propositions : après avoir affirmé qu'une créance naturelle est susceptible d'être renforcée par le droit de rétention, M. Huc indique en note la L. 7, § 1, D., *De rescindenda venditione* (XVIII, 5). Ce renvoi est sans portée puisque nous recherchons la façon dont la question doit être résolue d'après notre code civil. En droit romain il était rationnel que la rétention assurât le paiement des obligations naturelles, car, dans cette législation, la compensation de ces obligations était elle-même admise. Mais le fait que, sur le dernier point, nous nous sommes écartés de l'opinion des jurisconsultes romains, suppose nécessairement qu'il en a été de même pour le premier. Notre observation prouve également que l'autorité de Cujas ne doit pas être invoquée ici, car le principe posé par le grand jurisconsulte est emprunté au Digeste. Cette explication même que *le droit de rétention supplée en quelque sorte au droit d'action* met en pleine lumière le vice de la thèse de M. Huc. Le droit de rétention permettrait d'atteindre le résultat que le législateur, en refusant le droit d'action, a précisément voulu exclure. Puis si les auteurs du Code avaient admis qu'on remplaçât la demande en justice par un autre mode de contrainte, se seraient-ils bornés à reconnaître pour effet à l'obligation naturelle l'exclusion de la répétition dans le cas d'un paiement volontaire? Nous ne voyons pas d'ailleurs quelle est la pensée du savant magistrat quand il affirme que, dans notre droit, l'obligation naturelle engendre, de l'aveu de tout le monde, une exception. La seule exception à laquelle il puisse faire allusion, c'est celle qui a pour objet de paralyser la répétition

(¹) VII, n. 169, p. 236 et 237.

de la chose payée en exécution de l'obligation naturelle. Mais comment conclure de cette exception à l'existence du droit de rétention? L'exception dont il s'agit ne suppose-t-elle pas le paiement effectué, c'est-à-dire une situation où le droit de rétention n'a plus raison d'être? ([1])

1683. Avant d'en finir avec les effets des obligations naturelles, nous devons indiquer l'importante différence qui existe à leur égard entre le droit romain et le droit français. En droit romain, toutes ces obligations étaient dépourvues d'action, et, au cas de paiement, même fait par erreur, toutes engendraient au profit du créancier une exception qui lui permettait de conserver ce qu'il avait reçu. Mais, quant aux autres effets, il fallait distinguer entre les diverses catégories d'obligations naturelles. Certaines de ces catégories ne les produisaient pas; d'autres ne les produisaient pas tous. Chez nous, au contraire, il est admis que les effets des obligations naturelles sont toujours les mêmes ([2]). Cela s'explique par cette considération qu'en droit français, pour faire produire des effets aux obligations naturelles, on a égard, non pas à la qualité de chacune de ces obligations, c'est-à-dire à un élément essentiellement variable, mais à ce fait que le débiteur a volontairement effectué le paiement ou un acte analogue. Or ce fait a évidemment la même portée, quelle que soit l'obligation naturelle dont il s'agit, et, par consé-

([1]) V. dans notre sens, Nicolas, *Du droit de rétention*, n. 169; Pont, *Petits contrats*, II, n. 1290, p. 711 (art. 2091, VII); de Folleville, *Considérations générales sur l'acquisition ou la libération par l'effet du temps*, p. 89-91; Giorgi, I, n. 56, p. 64-65. — Cpr. Mourlon, *Examen critique du commentaire de M. Troplong sur les privilèges*, n. 213 *in fine* (II, p. 659 *in fine*). — Mais dans le même sens que Huc, voir Massol, *op. cit.*, p. 247-249. Toutefois, comme celui-ci enseigne également que l'obligation naturelle peut être opposée en compensation (p. 249), il évite l'inconséquence que nous avons relevée plus haut. — Guillouard, *Traité du droit de rétention*, n. 41, p. 340-341. Ce dernier auteur essaie de justifier son opinion par l'équité et par la tradition historique. Il ne prévoit même pas l'objection, à notre avis décisive, que fournit l'impossibilité de compenser les obligations naturelles. C'est pourtant sur ce point que doit porter l'effort de la discussion. Les arguments invoqués par M. Guillouard supposent qu'à ses yeux, dans la matière, la tradition historique comprend notamment la solution donnée par le droit romain dans le sens de la compensation des obligations naturelles; mais nous doutons fort qu'il irait jusque-là, s'il se prononçait expressément sur la question.

([2]) Planiol, II, n. 367.

quent, il convient d'en déduire toujours les mêmes conséquences [1].

APPENDICE II

DE LA DATION EN PAIEMENT [2].

1684. Le créancier ne saurait être contraint à recevoir en paiement une chose autre que l'objet de l'obligation. Art. **1243**. Mais, par suite de la liberté des conventions, il peut l'accepter. On appelle dation en paiement, l'exécution de la convention par laquelle le créancier consent à recevoir en paiement une chose autre que celle qui est due.

Ainsi l'opération dont il s'agit ne saurait avoir lieu contre la volonté du créancier. Mais, à tous autres égards, les conditions de validité imposées par la loi quant au paiement, telles que la capacité du créancier et celle du débiteur, s'appliquent aussi à la dation en paiement.

Il résulte de notre définition qu'il n'y a pas dation en paiement lorsque le débiteur d'une obligation alternative donne l'une ou l'autre des choses dues. En effet, quelque parti qu'il prenne, il donne la chose même qui est due, et il peut, en conséquence, imposer le paiement au créancier, si du moins, bien entendu, on suppose que le choix lui appartient.

Et même, à proprement parler, il n'y a pas dation en paiement lorsque, dans le cas d'une obligation facultative, le débiteur se libère en donnant la chose qui est *in facultate solutionis*. Ici, sans doute, la ressemblance avec la dation en paiement est beaucoup plus grande. Mais, quand l'obligation est facultative, c'est dans le contrat primitif que le débiteur a stipulé la faculté de se libérer en donnant une chose autre que l'objet de l'obligation. Au cas de dation en paiement, s'il se libère de cette façon, c'est en vertu d'un accord ultérieur.

[1] Toutefois cette proposition qu'en droit français les effets des obligations naturelles sont toujours les mêmes ne saurait être admise avec une portée absolue par les auteurs qui estiment que les dettes de jeu ou de pari, tout en ayant le caractère de dettes naturelles, ne sont pas susceptibles d'être novées ou cautionnées.

[2] V. *De la dation en paiement en droit romain et en droit français*, par Georges-Marie de Ségogne (thèse pour le doctorat, Paris, 1880).

1685. La très grande majorité des auteurs enseigne que la dation en paiement implique une novation par changement d'objet [1]. La novation suppose la substitution d'une obligation à une autre. Au cas de dation en paiement, sans doute, la convention novatoire est immédiatement exécutée. Mais l'analyse permet néanmoins de distinguer cette convention de son exécution, et, par conséquent, il faut reconnaître qu'une nouvelle obligation a existé un instant de raison. Ainsi on trouve bien dans l'hypothèse les éléments constitutifs de la novation, c'est-à-dire l'extinction d'une première obligation par la création d'une autre.

Cette proposition est d'une grande importance, car la novation est maintenue alors même que l'obligation par elle engendrée n'est pas effectivement exécutée, pourvu, toutefois, qu'elle soit valable. Il s'ensuit que, si le créancier, qui a accepté la dation en paiement, est évincé de la chose qu'il a reçue, il a simplement un recours en garantie. Son action primitive ne revit pas, ni par conséquent les privilèges ou hypothèques qui en étaient les accessoires.

Quelques auteurs dissidents, en tête desquels nous devons nommer M. de Ségogne, auteur d'une bonne thèse sur la matière, et M. Planiol, envisagent d'une façon toute différente la dation en paiement. La novation, disent-ils, suppose essentiellement la création d'une obligation nouvelle qui est substituée à l'ancienne, tandis que, dans le cas de dation en paiement, le créancier n'a jamais eu qu'une seule créance [2].

[1] Toullier, VII, n. 301; Duranton, XII, n. 82, p. 125-127; Grenier, *Des hypothèques*, II, n. 501; Marcadé, IV, n. 691; Larombière, IV, p. 130 (art. 1243, n. 2, al. 3), V, p. 15 (art. 1273, n. 7), V, p. 38-39 (art. 1278, n. 6); Colmet de Santerre, IX, n. 162 *bis*-II; Aubry et Rau, III, p. 487, texte et note 4, et IV, p. 157, note 1, p. 221; Demolombe, XXVII, n. 230, et XXVIII, n. 288-291; Laurent, XVIII, n. 323, et XXXI, n. 363; Arntz, IV, n. 1914; Vigié, II, n. 1585, p. 720; Huc, VIII, n. 30-31, p. 46-49; Guillouard, *Vente*, I, n. 67; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des priv. et des hyp.*, III, n. 2251. — Bourges, 21 déc. 1825, S. chr., VIII, 2. 161, D., *Répert. alph.*, v° *Oblig.*, n. 2431.

[2] De Ségogne, *op. cit.*, p. 83-100; Planiol, II, p. 168, n. 550. — Cpr. Martou, *Tr. des priv. et hyp.*, IV, n. 1336; Thézard, *Tr. des priv. et hyp.*, n. 243; Guillouard, *Tr. des priv. et hyp.*, IV, p. 205, n. 1896. — Poitiers, 18 janv. 1864, S., 64. 2. 198. — D'après Troplong, la dation en paiement « engendre *novation*, elle éteint par conséquent les hypothèques attachées à l'ancienne créance ». Toutefois, sur le point de savoir si ces hypothèques renaissent en cas d'éviction, cet auteur

« Le débiteur, explique M. de Ségogne, ne contracte aucune obligation nouvelle, il obtient seulement du créancier la *permission* de s'acquitter par équivalent. L'exercice de cette permission constitue précisément l'opération qui nous occupe. Celle-ci manque donc de l'élément obligatoire essentiel à la novation ; et d'autre part, loin d'impliquer nécessairement l'existence d'un intervalle entre la convention et son exécution, elle n'est extinctive que par l'effet d'une transmission actuelle » (1). Dans cette théorie, le créancier qui est évincé de la chose reçue en paiement, peut exercer son ancienne action et se prévaloir de toutes les garanties de celle-ci. En un mot, au cas d'éviction, la dation en paiement se trouve n'avoir pas produit d'effet extinctif.

A l'appui de la solution généralement admise, on invoque un argument tiré de l'art. 2038, ainsi conçu : « L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, *encore que le créancier vienne à en être évincé* ». Si, dans ce dernier cas, la caution demeure libérée, c'est parce que l'ancienne obligation est définitivement éteinte, ce qui ne peut s'expliquer que par l'idée de novation. Cela revient à dire que la disposition de l'art. 2038 n'est qu'une application du principe posé dans l'art. 1281, al. 2 : « La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions » (2).

M. Planiol objecte que la dation en paiement a toujours été considérée dans l'ancien droit comme une simple déroga-

fait une distinction. V. son *Tr. des priv. et hyp.*, IV, n. 847 s. — Quant à M. Pont, il paraît avoir adopté, dans son *Tr. des priv. et hyp.* (II, n. 1230), la théorie que nous combattons, mais dans un de ses ouvrages postérieurs (*Petits contrats*, II, n. 400), il se prononce catégoriquement dans l'autre sens.

(1) De Ségogne, *op. cit.*, p. 85 *in fine*. — V. aussi p. 97 *in fine* et p. 98 *in princ.*

(2) V. dans ce sens sur l'art. 2038 ; Aubry et Rau, IV, p. 692 *in fine* et p. 693 ; Arntz, III, n. 1533, p. 184 ; Thiry, IV, n. 266, p. 235 ; Guillouard, *Tr. du cautionn.*, n. 253, p. 286 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des contr. aléat., du mand., du caution.*, n. 1148. — Cette explication de l'art. 2038 est très nettement admise par M. Pont, *Pet. contr.*, II, n. 400. Cet auteur paraît donc bien avoir abandonné l'opinion qu'il avait précédemment adoptée dans son traité des *Priv. et hyp.*, n. 1230. — *Contra :* Mourlon, III, n. 1162 ; Troplong, *Cautionn.*, n. 580-582 ; Laurent, XXVIII, n. 279 ; Huc, XII, n. 254, p 290 ; Planiol, *loc. cit.*

tion à cette règle que le débiteur doit exactement fournir l'objet de l'obligation. Et il cite ce passage de Domat : « Si le paiement *ou ce qui devait en tenir lieu* n'avait point d'effet, l'hypothèque revivrait avec la créance, comme si le créancier avait pris en paiement... un fonds... dont il fût évincé » (1). Il renvoie également au n. 406 du *Traité des obligations,* de Pothier (2), où la même idée se trouve tout aussi nettement formulée. Or rien ne permet de dire que le Code civil a rompu avec cette tradition, puisqu'il est muet sur la nature de la dation en paiement. L'idée de rapprocher celle-ci de la novation par changement d'objet est « toute moderne et entièrement étrangère au Code civil » (3).

Quant à l'explication qu'on donne généralement de l'art. 2038, MM. de Ségogne et Planiol la considèrent comme une méprise due à ce fait que les interprètes du Code ont trop souvent le tort de négliger l'histoire. Le législateur, dans l'art. 2038, a simplement consacré une jurisprudence relative aux seules cautions et dont Pothier nous indique la raison. Ce jurisconsulte expose que, dans le cas où le créancier est évincé de l'objet qu'il accepte à la place de la chose due, l'engagement de la caution devrait, d'après les principes, être maintenu, puisque l'obligation principale subsiste ; mais il ajoute que, *si le débiteur est devenu insolvable* dans l'intervalle entre la dation en paiement et l'éviction, le créancier n'est pas recevable à agir contre la caution. Celle-ci, dit Pothier « ne doit pas souffrir préjudice de l'arrangement qui est intervenu entre le créancier et le débiteur principal. Or, si, dans cette espèce, le créancier était reçu à agir contre la caution, elle aurait souffert préjudice de l'arrangement par lequel le créancier a pris en paiement cet héritage ; le créancier, par cet arrangement, ayant ôté le moyen à la caution de pouvoir, en payant le créancier *pendant que le débiteur était solvable,* répéter de ce débiteur la somme pour laquelle elle avait répondu » (4). Suivant MM. de Ségogne et Planiol,

(1) *Lois civ.*, 1re part., liv. III, tit. I, sect. VII, n. 6 (édit. Rémy, II, p. 61).
(2) Dans l'édit. Dupin, c'est le n. 407 (I, p. 239).
(3) Planiol, *loc. cit.* .
(4) Pothier, *loc. cit.* — Cpr. Renusson, *Tr. de la subrog.*, chap. V, n. 41, p. 135-136.

c'est évidemment de ce passage de Pothier que le législateur a tiré la disposition de l'art. 2038, car, à l'imitation de cet auteur, il l'a formulée à propos de l'extinction du cautionnement [1].

Ce raisonnement ne nous paraît point concluant. Et d'abord est-il exact que la conception par lui repoussée soit, pour parler comme M. Planiol, « *toute moderne et entièrement étrangère au Code civil?* » Il résulte des travaux préparatoires de l'art. 2038 que les rédacteurs de ce code se sont accordés à admettre cette conception et qu'ils la considéraient comme indiscutable. Treilhard, dans l'*Exposé des motifs* du titre *du Cautionnement,* s'exprime en ces termes : «... Si le créancier a volontairement accepté un immeuble ou toute autre chose en paiement, la caution est déchargée, même quand le créancier se trouverait dans la suite évincé de la chose qu'il aurait reçue. *L'obligation primitive avait été éteinte par l'acceptation du créancier,* l'accessoire du cautionnement avait cessé avec elle : si le créancier a ensuite une action résultant de l'éviction qu'il souffre, *cette action est toute différente de la première, et ce n'est pas elle que la caution avait garantie* » [2]. On ne trouve pas dans ces lignes le mot *novation,* mais la pensée de Treilhard n'en est pas moins fort claire : Si la caution n'est plus tenue, c'est parce que, l'obligation « primitive » a disparu et a été remplacée par une autre. N'est-ce pas dire qu'il y a eu novation? Dans son rapport au Tribunat, Chabot reproduit ce raisonnement : « Elle (la caution) est encore déchargée du cautionnement lorsque le créancier a accepté en paiement un immeuble ou un effet quelconque, quand même il éprouverait l'éviction : en ce cas l'obligation principale se trouve éteinte par la NOVATION » [3]. Ainsi, maintenant, ce n'est pas seulement l'idée, c'est l'expression même de novation que nous rencontrons. Enfin, dans son discours devant le Corps législatif, le tribun Lahary, expliquant à son tour la disposition de l'art. 2038, s'exprime ainsi : « La caution n'a garanti que la *première* obligation,

(1) De Ségogne, *op. cit.*, p. 88-90; Planiol, II, n. 551.
(2) Fenet, XV, p. 45; Locré, XV, p. 330, n. 24.
(3) Fenet, XV, p. 59; Locré, XV, p. 349, n. 27.

et, comme je l'ai dit, on ne peut étendre le cautionnement au delà de l'objet pour lequel il a été contracté » (1). Ces paroles supposent manifestement, elles aussi, l'existence d'une novation. Il nous paraît donc ressortir certainement des travaux préparatoires que les auteurs du Code ont rejeté la doctrine de Domat et de Pothier.

Au surplus, cela résulte de la disposition même de l'art. 2038. Admettant que, dans le cas de dation en paiement, l'ancienne obligation subsiste s'il y a éviction, Pothier reconnaît que, logiquement, la caution devrait continuer à être tenue. Aussi ne dit-il point que, dans cette hypothèse, elle est nécessairement déchargée. Il se borne à apporter un tempérament à la solution qui est commandée par son principe. Il déclare simplement le créancier non recevable à agir contre la caution, *si, depuis la dation en paiement, le débiteur principal est devenu insolvable.* En d'autres termes, tout ce qu'il veut, c'est que l'arrangement conclu entre le créancier et le débiteur principal ne soit pas pour la caution une cause de préjudice. Le législateur s'exprime tout autrement. Quand le créancier est évincé de l'objet par lui accepté en paiement, la libération de la caution n'est point subordonnée à l'insolvabilité du débiteur principal. C'est qu'en effet, il ne s'agit pas ici d'un simple tempérament contraire au principe posé par le législateur; il s'agit d'une conséquence nécessaire de ce principe. Ainsi les termes absolus de l'art. 2038 prouvent également que les auteurs du Code n'ont point suivi Pothier.

1686. La dation en paiement présente une grande analogie avec la vente. Au point de vue pratique, l'opération est à peu près la même que si le débiteur vendait sa chose au créancier moyennant un prix égal au montant de la dette. Le créancier devient propriétaire de cette chose, et c'est par compensation avec le prix que la dette s'éteint. Aussi le droit romain, à propos de la *datio in solutum,* avait-il formulé cette proposition : « *Ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet* » (2). Et Pothier disait : « Cet acte est fort res-

(1) Fenet, XV, p. 87 *in fine;* Locré, XV, p. 388, n. 30.
(2) L. 4, C., *De evictionibus,* VIII, 44.

semblant au contrat de vente. La chose qui est donnée en paiement tient lieu de la chose vendue; et la somme, en paiement de laquelle elle est donnée, tient lieu du prix » (1). Ce rapprochement se retrouve dans une disposition du Code civil. Après avoir prohibé d'une façon générale la vente entre époux, l'art. 1595 énumère trois cas pour lesquels il fait exception à cette règle; or, précisément, dans chacun de ces trois cas, il s'agit de la dation en paiement. Le législateur assimile donc celle-ci à la vente.

On en conclut que les principes qui gouvernent ce dernier contrat sont, du moins en général, applicables à la dation en paiement. Voilà pourquoi le Code civil ne réglemente pas celle-ci. Ainsi, lorsqu'il y a dation en paiement, il faut se référer, en cas d'éviction de l'*accipiens*, aux dispositions relatives à la garantie en matière de vente (art. 1626 s.), et, en cas de stipulation d'une soulte au profit du *solvens*, à celles qui concernent le privilège du vendeur (2) et l'action résolutoire (3).

Cependant, bien que la dation en paiement ressemble beaucoup à la vente, les règles qui gouvernent celle-ci ne s'appliquent pas toutes à la première. Si le *solvens* a donné une chose en paiement d'une dette que, par erreur, il croyait exister à sa charge, il a le droit de répéter cette chose elle-même. Au contraire, si un individu a vendu une chose à quelqu'un dont il se croyait débiteur alors qu'il ne l'était pas, en stipulant que le prix se compenserait avec sa dette, il n'est pas admis à répéter la chose. Celle-ci demeure la propriété de l'acheteur. Mais le vendeur a le droit d'exiger le paiement du prix. Sa créance, en effet, n'est pas éteinte, car elle n'a pas pu se compenser avec une dette qui n'existait pas (4).

(1) *Vente*, n. 601, al. 2 (édit. Dupin, II, p. 267).

(2) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des priv. et des hyp.*, I, n. 576.

(3) Les dations en paiement faites avec des immeubles sont assujetties à la transcription. — V. notre tome I, n. 383.

(4) Pothier, *op. cit.*, n. 603 (même édit., *loc. cit.*). — Pothier signalait deux autres différences : « Le contrat de vente est un contrat consensuel qui est parfait par le seul consentement des parties, avant aucune tradition. La dation en paiement ne

On voit que, si la dation en paiement présente une frappante analogie avec la vente, il faut se garder néanmoins de confondre les deux opérations ([1]).

1687. Au surplus, il existe, entre la vente et la dation en paiement, d'autres différences. Aux termes de l'art. **1602**, al. **2** : « Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ». Cette disposition est-elle applicable à la dation en paiement ? Précisons : le débiteur qui donne un immeuble en paiement d'une dette de somme d'argent, joue, comme nous l'avons dit, le rôle de vendeur. Faut-il en conclure que tout pacte obscur ou ambigu doit, conformément à l'art. **1602**, al. **2**, s'interpréter contre lui ? Les quelques auteurs qui examinent la question, se prononcent pour la négative, et c'est avec raison. La solution consacrée par le texte précité déroge à ce principe général, posé dans l'art. **1162**, que : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». La vente est un contrat synallagmatique. Le vendeur est donc à la fois stipulant et promettant, et, par conséquent, suivant le droit commun, les pactes obscurs ou ambigus n'auraient dû

se fait que par la tradition, et même par la translation de la propriété de la chose donnée en paiement ». *Op cit.*, n. 602. — « Celui qui a vendu une chose de bonne foi, s'en croyant le propriétaire, n'est pas précisément obligé d'en transférer la propriété à l'acheteur, et l'acheteur, tant que personne ne le trouble dans la possession de la chose, ne peut pas prétendre que le vendeur n'ait pas rempli ses obligations. — Au contraire, la dation en paiement n'est valable qu'autant que le débiteur transfère au créancier la propriété de la chose que le créancier a consenti de recevoir en paiement de la somme qui lui était due; car il n'y a pas de vrai paiement sans translation de propriété... C'est pourquoi, si le créancier qui a reçu une chose en paiement de la somme d'argent qui lui était due vient à découvrir que son débiteur n'en était pas le propriétaire et, conséquemment, qu'il ne lui en a pas transféré la propriété, quoiqu'il n'ait pas encore souffert aucun trouble de la part du véritable propriétaire, il peut demander à son débiteur la somme qui lui est due, en offrant de lui rendre la chose qu'il avait reçue en paiement, un tel paiement étant nul et n'ayant pu libérer le débiteur ». *Op. cit.*, n. 604. — Aujourd'hui, ces deux dernières différences n'existent plus. D'une part, la convention de donner a toujours pour effet de transférer la propriété. Il en est donc ainsi, notamment, quand il s'agit d'une vente. D'autre part, la vente de la chose d'autrui étant nulle (art. 1599), l'acheteur peut, alors même qu'il n'est pas troublé dans sa possession, agir contre le vendeur.

([1]) Marcadé, VI, sur l'art. 1583, IV ; Laurent, XXIV, n. 152, al. 2; de Ségogne, *op. cit.*, p. 91-97; Guillouard, *Tr. de la vente*, I, n. 68; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n. 194; Planiol, II, n. 555.

être interprétés contre lui que lorsqu'ils le constituent créancier. Ainsi la disposition de l'art. 1602, al. 2, est exceptionnelle. Cela suffirait pour qu'elle ne pût pas être appliquée à un contrat non visé par elle. Mais, en outre, elle est arbitraire et injuste (1). Il y a donc des raisons particulièrement impérieuses pour repousser, en ce qui la concerne, l'interprétation extensive (2).

Ceci nous amène à généraliser et à faire une distinction quant aux règles de la vente qui sont applicables à la dation en paiement et celles qui ne le sont pas. Parmi ces règles, celles qui constituent de simples applications des principes généraux gouvernent la dation en paiement. Il en est autrement de celles qui dérogent à ces principes (3).

1688. Par la même raison, la rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes n'est pas autorisée en matière de dation en paiement. Elle présente, elle aussi, un caractère exceptionnel. En principe, dans notre droit, la lésion ne vicie pas les conventions. Art. 1118. La rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes n'est admise par la loi qu'en matière de vente et d'échange. Art. 1674 s. et arg. art. 1707.

Les dispositions relatives à cette rescision ne sauraient donc être étendues à la dation en paiement. D'ailleurs les motifs pour lesquels la loi a établi cette exception n'existent pas quant au débiteur qui procède à une dation en paiement. Aux yeux des auteurs du Code, le propriétaire qui consent à vendre son immeuble pour un prix inférieur de plus des sept douzièmes à la véritable valeur de celui-ci, agit sous la pression d'un grand besoin d'argent ; il convient de le protéger contre l'indélicatesse de l'acheteur qui abuse des circonstances pour le dépouiller (4).

Telle n'est point la situation du débiteur qui se libère en donnant un immeuble à la place de la somme d'argent qu'il

(1) V. notamment Laurent, XXIV, n. 154-156 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 200-201 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 283.

(2) Laurent, XXIV, n. 153 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 69, al. 4.

(3) Guillouard, *op. cit.*, I, n. 69, al. 2 et 3.

(4) V. notamment Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n. 673.

doit ; il peut, sans doute, se tromper sur la valeur de cet immeuble, mais nous savons que la loi ne prend pas en considération les erreurs de cette nature. Au surplus, pour échapper à toute contrainte morale et pour être sûr d'obtenir le véritable prix de son immeuble, il n'a qu'à s'abstenir de procéder à la dation en paiement et à se laisser saisir [1].

[1] De Ségogne, *op. cit*, p. 146 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 69, al. 5.

FIN DU TOME DEUXIÈME

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME II

CHAPITRE IV

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS

SECTION PREMIÈRE

DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES

§ I. *De la condition en général et de ses diverses espèces.*

I. *Notions générales.*

(Nos)		Pages
743.	Divers sens du mot *condition*	1
744.	Des dispositions et conventions dont l'effet dépend, à raison de leur nature même, de la réalisation d'un certain fait	2
745.	La condition proprement dite est un élément accidentel	2
746.	Elle suppose une manifestation de volonté	2
747.	Elle peut être expresse ou tacite	2
748.	En principe toutes les conditions sont admises	2
749.	Caractères que doit présenter le fait mis en condition	3
750.	Il doit être : 1° *futur*	3
751.	. . . 2° *incertain*	4
752.	. . . 3° possible et licite	4
753.	Les conditions impossibles ou illicites ne rendent pas nuls les contrats à titre gratuit	5
754.	La condition peut être impossible alors même que sa réalisation se conçoit	5
755.	Elle n'est pas impossible par cela seul que celui qui doit l'accomplir est incapable de le faire	5
756.	Peu importe qu'elle consiste dans le fait du stipulant ou dans celui d'un tiers	6
757.	Il faut se placer au moment du contrat pour apprécier l'impossibilité	6
758.	*Quid* si l'impossibilité existant alors est destinée à disparaître?	6
759.	*Quid* si le fait ne peut pas être rigoureusement accompli ?	6
760.	Quand est-ce qu'une condition est contraire à la loi ?	7
761.	Du cas où la condition est de nature à entraver ou à restreindre l'usage des diverses facultés constitutives de la liberté naturelle ou civile	7
762.	La condition n'est pas illicite lorsque le fait doit être accompli par un tiers	7

(Nos) Pages.
763. Elle est illicite quand le fait doit être accompli par le stipulant. 8
764. *Quid* quand elle porte sur le fait du promettant? 8
765. De la condition de ne pas faire une chose impossible 9
766. De la condition de ne pas faire une chose illicite : fait négatif du stipulant 9
767. *Suite :* fait négatif du promettant. 10
768. *Suite :* fait négatif d'un tiers 11
769. Actes qui ne peuvent pas être affectés de conditions. 11
770. Acceptation ou répudiation d'une hérédité. 11
771. Régimes matrimoniaux 11

II. *Divisions des conditions.*

1. De la condition suspensive et de la condition résolutoire.

772. Définition. 12
773. La question de savoir si une condition est suspensive ou résolutoire est une question de fait 13
774. Importance de cette division. 14
775. Chacune de ces espèces de condition implique l'autre. 14

2. De la condition positive et de la condition négative.

776. Définitions : portée de cette division. 15
777. La condition suspensive peut être négative. 15

3. Conditions casuelles ; conditions potestatives ; conditions mixtes.

778. Idée générale. 16
779. *a.* Définition de la condition casuelle. 16
780. *b.* Définition de la condition potestative. 16
781. Définition de la condition purement potestative. 16
782. *Quid* si, dans les contrats de leur nature synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties est subordonnée à une condition potestative de sa part ?. 18
783. L'art. 1174 ne concerne que la condition suspensive. 19
784. La question de savoir si une condition est purement potestative est une question de fait. 20
785. *c.* Définition de la condition mixte. 20
786. Condition dépendant de la volonté d'un des contractants et de celle d'un tiers indéterminé. 21
787. Condition dépendant exclusivement de la volonté d'un tiers. . . 21
788. Intérêt de cette division. 22

II. *De l'accomplissement et de la défaillance des conditions.*

789. Défaillance des conditions. Transition. 23

1. Règles générales relatives à l'accomplissement des conditions.

790. Comment la condition doit-elle être accomplie ?. 23
791. Qui peut accomplir le fait mis en condition ? 23
792. Le fait peut-il émaner des héritiers de celui qui était appelé à l'accomplir ?. 24

(Nos) Pages
793. Ce fait peut-il être utilement l'objet d'un accomplissement partiel ? 24
794. Si le fait dépend de la volonté du créancier, *quid* lorsque celui-ci a fait tout ce qui était en son pouvoir pour l'accomplir ? . . . 25
795. *Quid* de cette question en matière de legs ? 26
796. L'événement ou la défaillance de la condition est irrévocable. . . 26
797. La question de savoir si la condition s'est accomplie est une question de fait 26
798. *Quid* de la condition qu'un événement arrivera ou n'arrivera pas dans un temps fixé ? 26
799. Dans ce cas les juges ne peuvent pas proroger le délai. 27
800. *Quid* si les parties n'ont pas fixé de délai ? 28
801. *Quid* si l'obligation est affectée à la fois d'une condition et d'un terme ? 31
802. Du cas où le promettant fait défaillir la condition suspensive. . . 31
803. L'art. 1178 suppose la faute ou la négligence du promettant . . . 32
804. Il ne suppose pas l'intention de celui-ci. 32
805. Il ne s'applique pas si le promettant n'a fait qu'user de son droit. 32
806. Il est donc inapplicable quand la condition est potestative de la part du promettant. 33
807. De la preuve qui incombe au stipulant 33
808. *Quid* si le stipulant a irrégulièrement forcé l'accomplissement ? 34

2. De l'effet rétroactif de la condition accomplie.

809. Portée du principe que la condition accomplie à un effet rétroactif. 34
810. Cet effet se produit, que la condition soit résolutoire ou suspensive. 39
811. Peu importe que le droit conditionnel soit personnel ou réel. . . 40
812. Conséquences de la rétroactivité 40
813. Application de l'action paulienne. 40
814. De l'hypothèque conférée comme sûreté d'une créance sous condition suspensive. 40
815. De la rétroactivité au cas de propriété sous condition suspensive. 41
816. Des droits réels conférés par l'acquéreur *pendente conditione* . . 41
817. De la rétroactivité au cas d'aliénation sous condition résolutoire. 42
18. Des droits réels conférés par l'aliénateur *pendente conditione*. . 42
819. De la rétroactivité au point de vue de la saisie et de l'adjudication d'un immeuble vendu sous condition suspensive. 42
820. Même question pour le cas où l'immeuble a été vendu sous condition résolutoire. 43
821. De l'effet rétroactif au cas d'usucapion par un tiers d'un immeuble vendu sous condition suspensive ou sous condition résolutoire. 43
822. *Suite :* Critique de l'opinion d'Aubry et Rau. 44
823. Les actes d'administration sont ils effacés par l'effet rétroactif ? . 44
824. *Quid* des fruits perçus *pendente conditione ?* 45
825. Y a-t-il effet rétroactif quand la condition suspensive est potestative de la part du débiteur ? 47
826. Le principe de la rétroactivité s'applique à la condition résolutoire. 49

§ II. *De la condition suspensive.*

(Nos) Pages

827. Définition de l'obligation sous condition suspensive. 50
828. Transition. 50

I. *Des effets de la condition suspensive.*

829. Division. 50

A. Des droits du créancier pendant que la condition est en suspens.

830. Analyse du contrat conditionnel 50

Première proposition : Pendant que la condition est en suspens, l'obligation n'existe pas encore à tous égards.

831. *Pendente conditione,* l'obligation n'est pas formée au point de vue objectif. 52
832. Conséquences. 52
833. Saisie *pendente conditione* par les créanciers de l'aliénateur sous condition suspensive. 53
834. L'acquéreur conditionnel ne peut pas demander la distraction de l'immeuble saisi 53
835. Purge et délaissement par l'aliénateur sous condition suspensive. 53
836. Action en partage formee par l'aliénateur sous condition suspensive d'une quote part indivise 53

Deuxième proposition: Pendant que la condition est en suspens, le créancier a d'ores et déjà un droit.

837. *Pendente conditione* le créancier a un droit 54
838. Une loi nouvelle promulguée *pendente conditione* ne saurait porter atteinte à ce droit. 54
839. Transmissibilité de ce droit. 55
840. Le créancier peut faire les actes conservatoires 55
841. *Quid* de la saisie-arrêt? 56
842. *Quid* de la purge? 56
843. *Quid* de la collocation éventuelle dans une distribution de deniers ou dans un ordre ouvert sur le débiteur?. 56
844. *Quid* si les deniers sont distribués à la suite d'une saisie-arrêt? . 57
845. De l'application de l'art. 1180 au cas d'un contrat affecté d'une condition résolutoire 58

B. Des droits du créancier après que l'incertitude a cessé.

846. Transition 58

1. Du cas où la condition s'est réalisée.

847. L'obligation devient parfaite. Conséquences. 58
848. De l'effet rétroactif. Renvoi. 58

2. Du cas où la condition a défailli.

849. Distinction suivant que la condition a ou n'a pas été accomplie *pendente conditione* 59
850. *Quid* des actes de disposition faits *pendente conditione?*. 59

II. *Question des risques et responsabilité du débiteur à raison de la perte de la chose due.*

(Nos) Pages
851. L'art. 1182 est relatif à deux questions 60

1. Question des risques.

852. Les risques sont à la charge du débiteur 60
853. Du cas où la chose due a péri 60
854. Du cas où la chose s'est détériorée 62
855. Le mot *détérioration* est pris ici dans le sens de *dégradation* . . 64
856. Le créancier a-t-il l'option quelle que soit l'importance de la perte partielle ? 64
857. *Quid* si la chose a été livrée au créancier avant l'accomplissement de la condition ? 65
858. Il peut être dérogé aux dispositions de l'art. 1182 65

2. Responsabilité qui incombe au débiteur lorsque la chose a péri ou s'est détériorée par sa faute *pendente conditione.*

859. Au cas de perte partielle, le débiteur peut ou résoudre l'obligation ou exiger la chose 66
860. Il a droit, en outre, à des dommages-intérêts 66
861. Détermination des dommages-intérêts 67
862. Du cas où il y a perte totale 67

§ III. *De la condition résolutoire.*

863. Définition 67

I. *De la condition résolutoire en général.*

864. Indication du sujet 68

A. Des droits respectifs des parties pendant que la condition est en suspens.

1. Droits du créancier sous condition résolutoire.

865. Idée générale 68
866. Si l'obligation a pour objet un corps certain, le créancier devient immédiatement propriétaire 69
867. L'acquéreur sous condition résolutoire d'une quote-part de chose indivise peut former l'action en partage ou y défendre 69
868. Mais l'aliénateur peut intervenir au partage 70
869. Ces solutions sont exactes même pour le partage amiable 70
870. Quel est ici le sens du mot *partage ?* 71
871. *Quid* si l'aliénateur a interdit à l'acquéreur d'intenter l'action en partage ou d'y défendre seul ? 71
872. L'aliénateur sous condition suspensive d'une portion indivise peut, lui aussi, poursuivre seul le partage 72
873. L'acquéreur sous condition résolutoire d'un immeuble peut purger 72
874. Il peut opposer le bénéfice de discussion 73
875. Il peut usucaper 73
876. Il peut interrompre par sa reconnaissance la prescription courant à son profit 73

(Nos) Pages.

877. Au cas de vente à réméré, la loi admet une exception au principe que le créancier sous condition résolutoire a les mêmes droits que le créancier pur et simple. 74
878. A quel moment sont dus les droits d'enregistrement. 74

2. Droits de celui à qui la résolution doit profiter.

879. L'aliénateur sous condition résolutoire est propriétaire sous condition suspensive. 74
880. Il peut donc faire les actes conservatoires 75
881. *Quid* des actes de disposition ? 75
882. *Quid* des risques ? 75

B. De la situation des parties après que la condition résolutoire s'est accomplie ou a défailli.

1. Du cas où la condition s'est accomplie.

883. L'accomplissement de la condition opère de plein droit. 75
884. Le juge n'a pas à prononcer la résolution. Autres conséquences. 76
885. La résolution est opposable aux tiers et peut être invoquée par eux 76
886. Peu importe que la condition soit casuelle, potestative ou mixte. 76
887. Exception quant au pacte commissoire. Renvoi 76
888. L'accomplissement de la condition résolutoire a un effet rétroactif. 77
889. Conséquences de la rétroactivité. Renvoi. 77
890. *Quid* des droits réels constitués *pendente conditione* par l'aliénateur sous condition résolutoire ? 77
891. *Quid* si, postérieurement à la constitution, le vendeur à réméré cède la faculté de rachat ? 78
892. Des risques de la chose aliénée sous condition résolutoire 78
893. Il peut être dérogé aux dispositions légales. 80
894. Perte ou dégradation survenue par la faute de l'acquéreur. . . . 80
895. Au cas d'accomplissement, à qui incombent les frais et loyaux coûts ? 80
896. De la part de frais relative aux restitutions. 80
897. L'acquéreur a-t-il le droit de rétention ? 80

2. Du cas où la condition résolutoire a défailli.

898. Effets de la défaillance 81
899. Elle opère de plein droit. 81

II. *Du pacte commissoire.*

900. Définition. Origines. Législation comparée 82

A. Du pacte commissoire tacite.

901. Texte de la loi. Division. 88

1. Du fondement du pacte commissoire tacite. Des contrats où ce pacte est sous-entendu. Des cas où la résolution peut être demandée en vertu de ce pacte.

902. Fondement. 89
903. Ce pacte n'est pas fondé sur la théorie de la cause. 89

(Nos) Pages
904. La disposition de l'art. 1184 doit être interprétée restrictivement. 90
905. Elle n'est donc pas applicable aux contrats unilatéraux. 90
906. Mais elle s'applique aux ventes de meubles 93
907. La résolution ne peut pas être demandée à raison du simple défaut de paiement des arrérages d'une rente viagère 94
08. Les parties peuvent stipuler le contraire. 96
909. Le pacte commissoire tacite existe-t-il dans les partages?. 96
910. *Quid* en ce qui concerne la licitation? 97
911. Le pacte commissoire exprès est admis dans les partages. 97
912. L'inexécution partielle autorise-t-elle la demande en résolution? 98
913. Distinction entre les clauses principales et les clauses accessoires. 100
914. *Quid* du cas où l'inexécution provient de la force majeure? . . . 101

2. Du droit d'option conféré par l'art. 1184.

915. En quoi consiste ce droit d'option. 105
916. On peut renoncer à demander la résolution 106
917. Y renonce-t-on par cela seul qu'on demande l'exécution? 106
918. Peut-on, après avoir demandé la résolution, poursuivre l'exécution? 107
919. *Quid* à l'égard d'un sous-acquéreur?. 107
920. On peut toujours, outre l'exécution ou la résolution, demander des dommages-intérêts. 108

3. Comment opère le pacte commissoire tacite.

921. La résolution n'a pas lieu de plein droit 109
922. Exception établie par l'art. 1657. 109
923. La résolution doit être demandée en justice. 111
924. Quel est l'office du juge? 111
925. *Quid* si le débiteur laisse passer le délai de grâce sans exécuter? 112
926. Ce que le juge décide en pratique 112
927. Du moment passé lequel on ne peut plus, en exécutant, éviter la résolution. 112
928. Une mise en demeure spéciale n'est pas nécessaire 113
929. Pourquoi le créancier peut-il, outre la résolution, demander des dommages-intérêts?. 114
930. Différences entre la condition résolutoire ordinaire et le pacte commissoire tacite. 114
31. L'action en résolution dure trente ans contre l'acquéreur. 115
932. Durée de l'action en revendication contre les tiers détenteurs . . 115
933. Durée de cette action quand il s'agit de meubles. 116

4. Des effets de l'accomplissement de la condition résolutoire tacite.

934. Ces effets sont pareils à ceux de la condition résolutoire expresse . 116
935. Ils se produisent rétroactivement. 117
936. L'action en résolution est personnelle 118
937. Elle ne peut pas être exercée directement contre les tiers détenteurs. 118
938. Des actes d'administration faits par le propriétaire dont le droit est résolu. 119

(Nos) Pages.
939. Des fruits ou intérêts perçus par les parties *medio tempore* . . . 119
940. De la résolution amiable 119
941. Disposition de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855. 120
942. Elle ne concerne pas les rapports des parties entre elles 121
943. Elle s'applique dans le cas de pacte commissoire exprès 122
944. Elle ne s'applique pas au contrat d'échange 123
945. Ni à la donation avec charges. 123
946. Sauf si le montant des charges égale la valeur de l'immeuble donné. 124
947. De la mention du jugement de résolution. 124
948. Les actes de résolution amiable ne sont pas soumis à la formalité de la mention. 125
949. Dispositions des al. 1 à 5 de l'art. 717 C. pr. civ. 125
950. Disposition de l'art. 18 de la loi du 3 mai 1841. 127

B. Du pacte commissoire exprès.

951. De l'utilité de ce pacte 128
952. Les trois variantes de pacte commissoire exprès 128
953. 1° Reproduction de la formule de l'art. 1184, al. 1er. 128
954. *Quid* s'il s'agit alors d'un contrat synallagmatique? 129
955. *Quid* s'il s'agit d'un contrat unilatéral? 131
956. 2° Stipulation de la résolution *de plein droit* 131
957. Une sommation est-elle alors nécessaire? 132
958. Le juge ne peut pas, dans ce cas, accorder un délai 133
959. Après la sommation, le défendeur n'est plus à temps d'exécuter. 133
960. 3° Stipulation de la résolution *de plein droit et sans sommation.* 134
961. Quand l'inexécution doit être encourue de plein droit, on peut invoquer la convention ou la loi 134
962. Les parties peuvent, dans le contrat même, exclure la résolution pour cause d'inexécution 135

APPENDICE

DE L'EXCEPTION « NON ADIMPLETI CONTRACTUS »

963. Notion générale. Droit allemand 135
964. Cette exception existe en droit français 136
965. Elle doit être distinguée du droit de rétention. 138
966. Elle ne saurait être employée à raison de toute inexécution . . . 139
967. De la preuve qui incombe à celui qui l'oppose 140

SECTION II

DES OBLIGATIONS A TERME

I. *Notions générales.*

968. Définition 140
969. De la promesse de payer *quand on pourra* 141
970. De la promesse de payer *quand on voudra* 141
971. Du cas où les expressions sus-indiquées excluent toute obligation juridique 142
972. Distinction du terme de droit et du terme de grâce 142

(Nos) Pages.
973. Intérêt de cette distinction. 143
974. Du terme extinctif 143

II. *Dans l'intérêt de qui le terme est-il présumé stipulé?*

975. Principe consacré par le droit français 144
976. Exceptions. 145
977. 1° Exceptions résultant d'une disposition légale 145
978. 2° Exception résultant des termes de la convention. 145
979. 3° Exception résultant des circonstances 146
980. Quelquefois le terme est convenu dans l'intérêt du créancier et du débiteur à la fois. 147
981. Il n'en est point forcément ainsi dans le prêt à intérêt. 148
982. La présomption établie par l'art 1187 est applicable aux contrats commerciaux 148
983. Réfutation de l'opinion contraire 149
984. Des obligations remboursables par voie de tirage au sort et suivant les proportions fixées par un tableau d'amortissement . 152
985. Le crédit foncier peut invoquer le principe. 154

III. *Des effets du terme.*

A. Des effets antérieurs à l'échéance.

986. Le terme affecte seulement l'exécution 155
987. Conséquences. 155
988. L'art. 1186 suppose un paiement fait par erreur. 156
989. Interdit il la répétition de l'*interusurium*?. 156
990. La demande ne peut pas être formée avant l'échéance. 158
991. La dette n'est pas compensable avant l'échéance. 158
992. Des actes d'exécution 159
993. Des actes conservatoires. 159
994. De l'interruption de la prescription. 159
995. *Quid* de la saisie-arrêt?. 159
996. *Quid* de l'action indirecte de l'art. 1166?. 160
997. *Quid* de l'action paulienne? 160
998. De la reconnaissance ou de la vérification d'écriture. 160
999. La disposition de l'art. 1er de la loi du 3 sept. 1807 a un caractère d'exception. 161

B. Des effets de l'échéance.

1000. L'échéance rend la dette exigible. 162
1001. Elle ne met pas le débiteur en demeure. 163
1002. Détermination du moment de l'échéance. 163
1003. Du *dies a quo*. 164
1004. Du *dies ad quem*. 164
1005. Supputation du délai par jour, mois et an 165

IV. *De la déchéance du terme.*

A. Des cas où il y a déchéance du terme.

1006. Deux cas de déchéance 165
1007. 1° Faillite du débiteur 166

(Nos) Pages
1008. La déchéance a lieu à l'égard des créanciers hypothécaires. . . . 167
1009. *Quid* quand il s'agit d'un terme incertain ?. 167
1010. Les créances du failli ne deviennent pas exigibles. 168
1011. La liquidation judiciaire est assimilée ici à la faillite 168
1012. La déconfiture entraîne aussi la déchéance. 168
1013. Dans ce cas faut-il que la déconfiture soit prononcée par justice ? 171
1014. 2° Diminution des sûretés particulières données par le contrat . . 174
1015. *Première condition :* Il faut qu'il s'agisse de sûretés *données par le contrat* 175
1016. *Quid* de la sûreté résultant d'un privilège?. 176
1017. *Quid* de l'hypothèque judiciaire ?. 177
1018. *Deuxième condition :* Il faut que ces sûretés n'aient pas été fournies ou aient été diminuées. 177
1019. Le débiteur n'est pas admis à offrir à la place des garanties promises d'autres garanties également sûres. 177
1020. Mais le fait de n'avoir pas fourni les garanties promises peut être réparé jusqu'au jugement déclarant la dette exigible . . 178
1021. Il appartient aux juges de déterminer les faits d'où résulte la diminution de sûretés. 178
1022. De la constitution d'un droit réel sur l'immeuble hypothéqué. . . 178
1023. De l'aliénation totale ou partielle de l'immeuble hypothéqué. . . 179
1024. *Troisième condition :* La diminution doit être imputable au débiteur. 181
1025. Diminution causée par un cas fortuit. 181
1026. Du cas où l'hypothèque constituée par le débiteur sur un immeuble indivis disparaît par suite de l'adjudication sur licitation au profit d'un copropriétaire du constituant. 181
1027. Généralisation 182
1028. Le débiteur ne peut pas échapper à la déchéance en offrant des garanties égales ou mêmes supérieures aux garanties supprimées 182
1029. Hypothèse prévue par l'art. 2131 183
1030. La suppression du terme, lorsqu'elle est motivée par de la diminution des sûretés spéciales, doit être prononcée par justice . 183
1031. L'art. 124 C. pr. civ. n'est relatif qu'au terme de grâce 184

B. Des effets de la déchéance du terme.

1032. La déchéance du terme rend la dette exigible 185
1033. Il n'y a pas lieu de déduire l'escompte à raison de l'anticipation sur l'époque de l'exigibilité normale 185
1034. Du cas où les intérêts à échoir jusqu'à l'échéance ont été englobés avec le capital 186
1035. Le créancier ne peut pas toujours exercer les mêmes poursuites que si le terme était échu 186
1036. La déchéance du terme résultant de la faillite ne rend pas possible la compensation 186
1037. *Secus* lorsque la déchéance résulte de la déconfiture 187
1038. La déchéance ne peut pas être opposée à certaines personnes tenues avec le débiteur ou pour lui 187

(Nos) Pages.
1039. Notamment aux codébiteurs solidaires 187
1040. Ni à la caution, solidaire ou non 188
1041. Mais le créancier peut agir contre le tiers détenteur 191

SECTION III

DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES

I. *Des caractères de l'obligation alternative.*

1042. Définition. 192
1043. *Quid* si l'obligation porte sur deux sommes inégales ou sur deux quantités différentes? 193
1044. Comparaison avec la solidarité passive. 194
1045. L'alternative constitue une garantie de paiement 194
1046. Du cas où l'une des choses promises ne pouvait pas être l'objet de l'obligation 195
1047. Comparaison avec l'obligation conjonctive 196
1048. De l'obligation facultative. 197
1049. Cas d'obligation facultative 197
1050. Différence fondamentale entre l'obligation facultative et l'obligation alternative 198
1051. Conséquences de cette différence. 198
1052. Distinction de l'obligation alternative et de l'obligation conditionnelle 199
1053. Intérêt pratique de cette distinction 199
1054. Comparaison avec l'obligation de genre 200
1055. ... avec l'obligation ayant pour objet *certum ex incertis* 200
1056. Dans l'obligation de genre, le paiement peut porter sur une chose qui appartenait au créancier lors du contrat. 201
1057. Comparaison avec l'obligation sous clause pénale 201

II. *Du choix.*

1058. Le choix appartient en principe au débiteur 202
1059. Mais les parties peuvent l'attribuer au créancier 202
1060. Comment la demande doit-elle, en principe, être conçue 203
1061. Sur quoi doivent porter les offres quand le créancier a le choix . 203
1062. De la manière dont le débiteur peut exercer son choix 203
1063. Système du C. civ. allemand et du C. civ. espagnol. 205
1064. Dans l'obligation de genre comment l'objet peut-il être spécialisé? 205
1065. Théorie de la *séparation* 205
1066. Théorie de la *livraison* 207
1067. Au cas d'obligation alternative, quand le créancier a le choix, comment peut-il le manifester ? 209
1068. Portée de l'exécution partielle quant à l'exercice du choix 209
1069. Indivisibilité du choix 209
1070. Peu importe la pluralité des débiteurs ou des créanciers 210
1071. Du cas où le débiteur refuse d'exercer le choix 210
1072. Du cas où le créancier ne veut pas exercer son droit d'option . . 211
1073. *Quid* si les divers débiteurs ou les divers créanciers ne peuvent pas s'accorder sur le choix ? 211

(Nos) Pages
1074. Le choix rétroagit. 212
1075. Conséquences de cette rétroactivité 212
1076. Si les prestations sont des dations de corps certains, la convention est translative de propriété 213
1077. Conséquences de cette théorie 214
1078. Critique du système contraire. 215
1079. Quand le choix est-il irrévocable ? 215
1080. Du cas où l'obligation porte sur des prestations périodiques . . . 217
1081. *Quid* si la partie à qui le choix appartient ne l'exerce pas, parce qu'elle ignorait son droit d'option ?. 217

III. *Des risques.*

A. Cas prévus par le législateur.

1082. Du cas où les deux choses ont péri sans la faute du débiteur . . . 220
1083. Distinction à faire dans les autres hypothèses 220
1084. Les art. 1193 et 1194 s'appliquent au cas où la chose a péri après la mise en demeure du débiteur. 220

1. Le débiteur a le droit d'option.

1085. Du cas où l'une des deux choses périt 220
1086. En quel sens l'obligation devient-elle alors pure et simple ? . . . 221
1087. Critique de la loi. 222
1088. Du cas où les deux choses sont péries et où le débiteur est en faute à l'égard de l'une d'elles 224
1089. Du cas où il est en faute à l'égard de la chose périe en premier lieu 224
1090. Du cas où il est en faute à l'égard de la chose qui a péri la seconde. 224
1091. Justification de la loi quant à la dernière hypothèse. 225
1092. Du cas où les deux choses ont péri successivement par la faute du débiteur. 225
1093. Du cas où elles ont péri simultanément par sa faute. 226

2. Le choix a été attribué au créancier.

1094. Du cas où l'une des choses a péri. 226
1095. Du cas où elles ont péri toutes les deux 227

B. Cas non prévus par le législateur.

1096. *Quid* s'il y a dégradation ? 228
1097. 1re Hypothèse : le choix appartient au débiteur et l'une des choses a été dégradée par cas fortuit : 228
1098. 2e Hypothèse : le choix appartient au débiteur et l'une des choses a été dégradée par la faute de celui-ci 228
1099. 3e Hypothèse : le choix appartient au créancier et l'une des choses a été dégradée par la faute du débiteur 229
1100. 4e Hypothèse : le créancier a fait périr l'une des choses 229
1101. En pareil cas, *quid* des dommages-intérêts si le choix a été laissé au débiteur ?. 230
1102. ... si le choix a été attribué au créancier ? 230
1103. 5e Hypothèse : le créancier a fait périr les deux choses 230

(Nos) Pages
1104. *Quid* si l'alternative comprend deux faits ? 231
1105. *Quid* si, dans ce cas, le choix appartient au débiteur ? 231
1106. *Quid* s'il appartient au créancier ? 231

SECTION IV

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES

§ I. *Notions générales sur la solidarité.*

1107. De l'obligation conjointe. 232
1108. En principe elle se divise activement ou passivement. 232
1109. En principe aussi la division a lieu par portions viriles. 232
1110. Des cas où cette dernière règle ne s'applique pas. 232
1111. L'obligation conjointe comprend plusieurs créances ou plusieurs dettes. 233
1112. Conséquences de la division 1° en cas de pluralité de créanciers. 233
1113. ... 2° en cas de pluralité de débiteurs. 234
1114. Exceptions à la règle de la division. 234
1115. Définition générale de la solidarité. 235
1116. La solidarité active et la solidarité passive peuvent se trouver réunies. 236
1117. De la pluralité de liens. 236
1118. Distinction de l'obligation solidaire et de l'obligation alternative. 237
1119. La solidarité suppose une communauté d'intérêts. 237
1120. La solidarité doit être expressément stipulée. 238
1121. Conséquence de ce principe quant aux contrats synallagmatiques. 238
1122. La solidarité passive seule peut être légale. 239
1123. La solidarité peut être testamentaire. 239
1124. Distinction de la solidarité et de l'indivisibilité. 240

§ II. *De la solidarité entre les créanciers.*

I. *Définition et caractère de la solidarité active.*

1125. Définition. 240
1126. La solidarité active n'est jamais légale. 241
1127. Même en matière commerciale elle doit être stipulée expressément. 241
1128. Distinction du créancier solidaire et de l'*adjectus solutionis gratiâ*. 242
1129. La solidarité active manque d'intérêt pratique. 242

II. *Des effets de la solidarité active.*

1130. Droit romain. 245
1131. Ancien droit. 246
1132. Exposé général du système du Code. 246

A. Des rapports des cocréanciers avec le débiteur.

1133. Chaque créancier peut demander le total. 248
1134. *Quid* des héritiers d'un créancier solidaire ? 249
1135. Un créancier solidaire peut recevoir un paiement partiel. 249

(Nos) Pages
1136. Mais il doit en faire raison à chacun des autres. 250
1137. Le débiteur peut offrir le total à un créancier de son choix. . . . 250
1138. Mais seulement s'il n'a pas été prévenu par des poursuites. . . . 250
1139. Le principe relatif au droit de prévention est absolu. 251
1140. Le débiteur prévenu peut-il payer à un autre créancier la part de celui ci ? 251
1141. En quoi doivent consister les poursuites pour qu'il y ait prévention. 252
1142. *Quid* si la créance est à terme ou sous condition ?. 253
1143. *Quid* s'il y a poursuite commune ? 253
1144. *Quid* si des poursuites séparées sont commencées le même jour? 253
1145. La créance solidaire est-elle éteinte par la compensation? . . . 254
1146. *Quid* de la compensation partielle ? 257
1147. De l'interruption de prescription faite par un des créanciers . . 257
1148. De l'interruption faite par un des cohéritiers d'un créancier . . . 258
1149. *Quid* de la suspension de prescription? 258
1150. Du cours des intérêts 260
1151. Stipulation d'une garantie par un des créanciers 260
1152. Remise de la dette 260
1153. Délation de serment. 261
1154. Abandon d'une sûreté 261
1155. Dation en paiement 262
1156. Novation 262
1157. Transaction 263
1158. Les créanciers peuvent-ils se prévaloir de l'acte? 263
1159. De la chose jugée entre le débiteur et un des créanciers 264
1160. Le jugement n'est opposable aux cocréanciers que s'il exprime l'opinion des juges 267
1161. Du cas où il y a eu collusion 267
1162. Appel, opposition et pourvoi en cassation par les cocréanciers. . 268
1163. De la confusion 268

B. Des rapports des cocréanciers entre eux.

1164. Les créanciers solidaires sont présumés associés 270
1165. Le bénéfice du paiement fait à l'un des créanciers se divise . . . 271
1166. Du cas où le paiement a été partiel 272

C. Législation comparée.

1167 Codes étrangers qui reproduisent le système français 272
1168. Particularité du Code civil des tribunaux mixtes 273
1169. Code civil allemand. 273

§ III. *De la solidarité entre débiteurs.*

I. *Généralités.*

1170. Définition, rôle, histoire 274

II. *Source de la solidarité passive.*

1171. Idée générale 276

(N°s) Pages

A. De la solidarité passive constituée par la volonté de l'homme.

1172. Elle peut être testamentaire 276
1173. La volonté de la constituer doit être exprimée. 276
1174. Mais il n'existe pas de termes sacramentels 277
1175. Faut-il, en matière commerciale, que la stipulation de solidarité soit exprimée? 277
1176. Législation allemande 281
1177. Pouvoir d'apprécier la portée des termes de la stipulation . . . 282
1178. Le terme *solidarité* peut ne supposer qu'un cautionnement solidaire 282
1179. Preuve de la solidarité passive 282

B. De la solidarité légale.

1180. Six cas prévus par le Code civil 283
1181. 1° Cas de l'art. 395 283
1182. 2° Cas de l'art. 396 283
1183. 3° Solidarité des exécuteurs testamentaires 283
1184. 4° Cas de l'art. 1442 284
1185. 5° Solidarité des co-emprunteurs 284
1186. 6° Solidarité des comandants 285
1187. Cette solidarité n'existe pas en matière de mandat légal. 285
1188. *Quid* si plusieurs parties ont constitué le même avoué? 286
1189. *Quid* si un huissier a fait un acte dans l'intérêt commun de plusieurs personnes? 286
1190. *Quid* des notaires, des arbitres, des experts, etc...? Renvoi . . . 286
1191. Il n'y a pas de solidarité légale entre comandataires 287
1192. *Quid* lorsqu'un *negotiorum gestor* a géré une affaire commune à plusieurs personnes? 287
1193. *Quid* au cas de dépôt fait par plusieurs personnes?. 287
1194. Ancienne responsabilité solidaire des locataires en cas d'incendie. 288
1195. Deux cas admis par le Code de commerce 288
1196. Solidarité en matière de société anonyme 288
1197. Solidarité entre individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit 289
1198. Solidarité entre cohéritiers pour le paiement des droits de mutation 291
1199. Solidarité entre propriétaires de chèvres conduites en commun. 292
1200. Législations étrangères : solidarité entre cohéritiers quant aux dettes de la succession. 292

III. *Des effets de la solidarité passive.*

1201. Division de la matière. 297

A. Des rapports des codébiteurs avec le créancier.

1202. Comment s'expliquent ces divers effets. 297

1. Effets découlant soit de l'unité de l'objet, soit de la pluralité des liens.

1203. Chaque codébiteur peut être contraint pour la totalité 297

(Nos) Pages
1204. Le codébiteur poursuivi peut opposer l'exception dilatoire 298
1205. Les autres codébiteurs peuvent intervenir dans l'instance. 299
1206. L'art. 1203 suppose l'exigibilité à l'égard de tous les codébiteurs 299
1207. Les parties peuvent atténuer la rigueur des principes 300
1208. Du cas où l'un des codébiteurs a conféré une hypothèque au créancier 300
1209. Le créancier ne peut pas exiger de l'un des codébiteurs un paiement partiel. 300
1210. Les codébiteurs peuvent être poursuivis successivement 301
1211. Si une partie de la créance a été payée par un des codébiteurs, le créancier ne peut en poursuivre un autre que déduction faite de ce qu'il a reçu. — Exception à ce principe en matière de faillite. 301
1212. Le créancier peut poursuivre tous les codébiteurs ou plusieurs d'entre eux. 303

2. Effets qui s'expliquent par l'idée de représentation.

1213. Exposé général de cette théorie. 304
1214. Interruption de la prescription. 309
1215. Interruption résultant de la reconnaissance faite par l'un des codébiteurs 311
1216. De la renonciation par l'un des codébiteurs à la prescription acquise 311
1217. *Quid* quand la reconnaissance interrompt une courte prescription? 311
1218. Du cas où l'un des codébiteurs est décédé laissant plusieurs héritiers. 312
1219. De l'interruption de la péremption 312
1220. De l'acquiescement par l'un des codébiteurs à un jugement par défaut. 313
1221. *Quid* si le jugement a été rendu contradictoirement avec certains codébiteurs et par défaut contre les autres? 313
1222. *Quid* si la prescription est suspendue à l'égard de l'un des codébiteurs?. 314
1223. *Quid* si le point de départ de la prescription est retardé à l'égard de l'un des codébiteurs?. 314
1224. Du cas où le corps certain, objet de l'obligation, périt par la faute ou après la mise en demeure de l'un des codébiteurs 315
1225. *Quid* si pour le cas de cette perte il a été stipulé une clause pénale? 317
1226. Dans ce cas, les codébiteurs non contrevenants ont un recours. . 318
1227. De la demande d'intérêts formée contre l'un des codébiteurs . . 318
1228. *Quid* si le créancier et l'un des codébiteurs conviennent que les intérêts courront? 322
1229. *Quid* si la dette n'est pas exigible à l'égard de tous les codébiteurs?. 322
1230. *Quid* si l'un des cohéritiers décède? 323
1231. La chose jugée à l'égard de l'un des codébiteurs est jugée à l'égard des autres. 323

(Nos) Pages

1232. Mais la question suppose que le jugement a été rendu sur un moyen commun 326
1233. Du cas où il y a eu renonciation à un moyen commun ou acquiescement par le débiteur condamné. 326
1234. Du cas où le litige portait sur l'existence de la solidarité quant au débiteur en cause 326
1235. De l'appel formé en temps utile par l'un des codébiteurs 326
1236. Quand le créancier interjette appel en temps utile contre l'un des codébiteurs, est-il pour cela relevé de la déchéance par lui encourue à l'égard des autres ? 328

3. Des exceptions que les débiteurs solidaires peuvent opposer au créancier.

1237. Du sens du mot *exception* dans l'art. 1208 330
1238. Rationnellement il n'existe que deux catégories d'exceptions. . . 330
1239. Exceptions réelles 330
1240. Exceptions personnelles. 331
1241. Exceptions qui profitent pour partie aux codébiteurs 331
1242. Exceptions purement personnelles 332
1243. Défaut de consentement ou vice dans le consentement de l'un des codébiteurs. 332
1244. *Quid* si le débiteur à qui appartient l'exception a fait annuler l'obligation ? 333
1245. Du concordat accordé à un débiteur solidaire en faillite. 334
1246. Exception résultant de la dation en paiement 334
1247. Exception résultant de la novation 335
1248. Chaque codébiteur peut opposer la compensation de son chef . . 335
1249. Mais le moyen déduit de la compensation est personnel 335
1250. Est-il purement personnel ? 336
1251. Exception résultant de la remise de dette 339
1252. *Quid* de la prescription ? 339
1253. Du cas où la durée de la prescription n'est pas la même pour tous les codébiteurs. 341
1254. Du serment déféré ou référé à l'un des codébiteurs 341

B. Des effets de la solidarité dans les rapports des codébiteurs entre eux.

1255. Idée générale de la situation respective des codébiteurs dans leurs rapports entre eux 341

1. Du cas où tous les débiteurs solidaires sont intéressés.

1256. En principe chaque codébiteur doit supporter définitivement sa part dans la dette 342
1257. Le codébiteur qui a payé a un recours 342
1258. Il ne peut répéter contre les autres que la part de chacun d'eux. 343
1259. Peu importe qu'il se soit fait subroger par le créancier. 344
1260. Du cas où l'un des codébiteurs se trouve insolvable. 345
1261. Du cas où, après remise faite de la solidarité à l'un ou à quelques-uns des codébiteurs, un autre devient insolvable. 346
1262. Dans ce cas les codébiteurs déchargés doivent-ils supporter effectivement leur part de perte ? 346

(Nos) Pages
1263. *Quid* si, après la décharge de solidarité, tous les autres codébiteurs deviennent insolvables ? 349
1264. Des insolvabilités qui existaient au moment de la remise. 349
1265. Le créancier peut, en déchargeant un débiteur de la solidarité, l'exonérer des insolvabilités futures 350
1266. Le codébiteur qui a payé peut comprendre les intérêts dans son recours 350
1267. Quelle est la prescription qui s'applique à ces intérêts ? 351
1268. Le recours peut-il comprendre les frais ? 351
1269. Les règles précédentes s'appliquent au paiement partiel. 352
1270. Cas où le codébiteur qui a payé n'a pas de recours 352
1271. L'art. 2032 s'applique-t-il par analogie aux codébiteurs solidaires? 353

2. Un seul ou quelques-uns seulement des codébiteurs sont intéressés à l'affaire.

1272. Les codébiteurs non intéressés sont considérés comme des cautions 354
1273. De la preuve que certains codébiteurs étaient désintéressés. . . 356
1274. L'art. 1431 ne renferme-t-il qu'une application de la disposition de l'art. 1216 ? 356
1275. Autres combinaisons de la solidarité et du cautionnement. . . . 357
1276. Histoire du cautionnement et de la solidarité 360
1277. Quel droit d'enregistrement doit être perçu dans le cas de l'art. 1216. 363

IV. *De la remise de la solidarité.*

1278. Cette remise est régie par le droit commun 365

A. De la remise expresse.

1279. Des effets 365
1280. Défaut d'harmonie entre l'art. 1210 et l'art. 1285 366
1281. Critique de la disposition de l'art. 1210. 366
1282. La déduction prescrite par l'art. 1210 doit être nécessairement opérée 368

B. De la remise tacite.

1283. Cas prévu par l'art. 1211, al. 1 et 2 369
1284. Cas prévu par l'art. 1211, al. 3 370
1285. Cas prévu par l'art. 1212, *in princ.* 370
1286. Cas prévu par l'art. 1212 *in fine*. 371
1287. L'art. 1212 *in fine* s'applique-t-il si, dans les dix ans, il n'y a pas eu dix paiements ? 372
1288. En dehors des cas prévus par les art. 1211 et 1212, les juges peuvent ils admettre l'existence d'une remise tacite ? 372
1289. En principe l'art. 2037 n'est pas applicable aux codébiteurs solidaires. 373
1290. Du cas où c'est par malveillance que le créancier a fait remise des sûretés 375
1291. Du cas où le créancier s'est engagé envers les coobligés à ne pas détruire les sûretés 376

(Nos) Pages

V. *De la prétendue solidarité imparfaite.*

1292. Effets que produirait cette solidarité 377
1293. Système de Mourlon. 377
1294. Système d'Aubry et Rau 379
1295. Comparaison de ces deux systèmes. 380
1296. Réfutation de ces deux théories. 380
1297. Cas où le législateur a modifié la solidarité 382

VI. *De la responsabilité des coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit.*

1298. Position de la question 383
1299. Théorie de Laurent 384
1300. Théorie de Larombière 384
1301. Adoption de la théorie de Demolombe 385
1302. Effets qu'il convient d'exclure dans l'hypothèse 386
1303. Exposé de la jurisprudence 387
1304. Tendance de la cour de cassation à faire intervenir l'idée d'indivisibilité 389
1305. Le coauteur qui paie le tout a-t-il un recours ? 390
1306. Les juges peuvent-ils répartir inégalement la responsabilité ?. . . 391

VII. *Droit comparé.*

1307. Législations qui augmentent les effets de la solidarité. 393
1308. Législations qui réduisent le nombre de ces effets. 396
1309. Législations anglaise et espagnole 400
1310. Code des biens pour la principauté de Monténégro 401
1311. Dispositions de codes étrangers relatives à la responsabilité des coauteurs d'un délit ou d'un quasi-délit 402

SECTION V

DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES

1312. Intérêt du sujet 405

§ I. *Des caractères de l'obligation divisible et de ceux de l'obligation indivisible.*

1313. Divisibilité physique, civile, intellectuelle 406
1314. Causes de l'indivisibilité : système de Dumoulin 407
1315. Système de Pothier 408
1316. Détermination des effets que Dumoulin et Pothier attachaient à l'indivisibilité accidentelle. 410
1317. Système du Code 411

§ II. *Des effets de l'obligation divisible.*

1318. La division se produit entre les héritiers 413
1319. Du cas où il y a eu dès le début pluralité de créanciers ou de débiteurs. 414
1320. Le Code indique cinq cas où il y aurait exception au principe de la division des dettes 415

(Nos) Pages
1321. Dans certains d'entre eux, il n'y a pas exception. 415
1322. *Prétendues exceptions : a.* — Du cas où un des héritiers possède le fonds hypothéqué à la dette. 415
1323. *b.* — Dette alternative de choses au choix du créancier dont l'une est indivisible 416
1324. *Exceptions véritables : a.* — Du cas où la dette est d'un corps certain 416
1325. *b.* — Du cas où l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation 418
1326. L'exécution totale pourrait être mise à la charge de tous les héritiers et de chacun d'entre eux 419
1327. *c.* — Cas où il y a indivisibilité de paiement proprement dite . . 420
1328. La volonté d'établir l'indivisibilité de paiement pourrait s'induire de faits non prévus par la loi. 422

§ III. *Des effets de l'obligation indivisible.*

1329. Observations générales. 422

I. *Des effets de l'indivisibilité au point de vue actif.*

1330. *a.* — Chaque créancier peut exiger l'exécution intégrale 423
1331. Du cas où un seul des créanciers a remis la dette. 423
1332. *b.* — De la suspension et de l'interruption de prescription 424

II. *Des effets de l'indivisibilité au point de vue passif.*

1333. *a.* — Chaque débiteur peut être poursuivi pour le tout. 424
1334. Il faut, sous l'art. 1225, distinguer trois cas 425
1335. 1er CAS : La dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par le codébiteur assigné 425
1336. 2e CAS : Elle est de nature à pouvoir être acquittée par chacun des codébiteurs 426
1337. 3e CAS : Elle est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous les codébiteurs conjointement 427
1338. L'art. 1225 s'exprime en termes trop absolus 428
1339. De l'interruption de la prescription. 428
1340. Du cas où l'obligation est accompagnée d'une clause pénale. Renvoi 428

§ IV. *Parallèle entre l'indivisibilité et la solidarité.*

1341. Enumération des différences incontestables 429
1342. Différence admise par certains auteurs seulement 431

SECTION VI

DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSE PÉNALE

1343. Définition. Notions générales. 431

§ I. *De la double fonction de la clause pénale.*

1344. Détermination du double but de cette clause. 433

(Nos) Pages

I. *Première fonction de la clause pénale.*

1345. Cette clause constitue un moyen de contrainte. 434
1346. Le créancier ne peut pas être contraint de recevoir partie de l'objet de la stipulation principale et partie de la peine 435
1347. Du cas où les parties, en ajoutant une stipulation à la convention principale, ont voulu faire une novation conditionnelle. . . . 435
1348. Du droit de demander la résolution du contrat. 436

II. *Seconde fonction de la clause pénale.*

1349. Cette clause a aussi pour but de soustraire les parties à l'arbitraire des juges 436
1350. *Exceptions. a.* — Du cas où l'obliga ion principale a été exécutée en partie 437
1351. Règles que le juge doit suivre dans ce cas. 438
1352. *b.* — Exception découlant de la loi du 3 septembre 1807 439
1353. *c.* — Exception découlant de la loi du 27 décembre 1890 439
1354. Du cas où la peine a été stipulée comme réparation d'un ou de plusieurs préjudices déterminés 440
1355. *Quid* si la peine a été stipulée sous réserve de plus amples dommages-intérêts? 440

§ II. *Des caractères de la clause pénale.*

1356. Ces caractères sont au nombre de trois. 441
1357. I. Caractère accessoire. . . . . .
1358. D'après la plupart des auteurs il y aurait trois exceptions au principe que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale 442
1359. Réfutation 443
1360. L'obligation sous clause pénale doit être distinguée : 1° de l'obligation alternative 444
1361. 2° De l'obligation facultative 445
1362. 3° De l'obligation conditionnelle 446
1363. II. La clause pénale est une fixation des dommages-intérêts . . . 446
1364. *Conséquences : a.* — Le créancier ne peut pas demander à la fois le principal et la peine 446
1365. Du cas où deux clauses pénales sont stipulées, l'une pour l'inexécution, l'autre pour le retard 447
1366. Du cas où le créancier obtient la résolution pour cause d'inexécution. 447
1367. *b.* — Nécessité d'une mise en demeure pour que la peine soit encourue 448
1368. Du cas où le débiteur refuse d'exécuter 449
1369. De la clause pénale garantissant l'exécution de l'obligation de *prendre* 449
1370. *Quid* des obligations de ne pas faire ? 450
1371. *Quid* si le juge, après la mise en demeure, accorde un ou plusieurs délais de grâce?. 450
1372. *c.* — Il faut que l'inexécution ou le retard soit imputable au débiteur. 451

(Nos) Pages
1373. III. La clause pénale est un règlement à forfait 451

§ III. *Des cas où il y a indivisibilité de l'obligation principale ou de la clause pénale.*

1374. Du cas où le débiteur unique meurt après avoir encouru la peine et laissant plusieurs héritiers 452
1375. Lorsque l'obligation primitive est indivisible, *quid*, s'il y a contravention d'un seul des héritiers ? 453
1376. Quelquefois les héritiers non contrevenants sont obligés de payer toute la peine. 454
1377. *Quid* si l'inexécution est imputable à plusieurs des cohéritiers ou à tous ? 455
1378. Lorsque l'obligation primitive est divisible, la peine n'est encourue que par les héritiers contrevenants et seulement par chacun pour sa part 456
1379. Exception 456
1380. Il faut étendre l'application des art. 1232 et 1233 457
1381. La peine est-elle encourue pour le tout et au regard de chacun des héritiers du créancier à raison de l'inexécution qui s'est produite au préjudice d'un seul d'entre eux? 1re Hypothèse : L'obligation primitive est divisible. 458
1382. 2e Hypothèse : l'obligation primitive est indivisible 458

CHAPITRE V

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

1383. Enumération des causes d'extinction 460

SECTION PREMIÈRE

DU PAIEMENT

§ I. *Du paiement en général.*

1384. Définition. 461
1385. Tout paiement suppose une dette. 462
1386. Une obligation naturelle peut servir de base à un paiement . . . 463

I. *Par qui le paiement peut être fait.*

1387. Le paiement peut être fait par le mandataire du débiteur. 463
1388. ... par toute personne intéressée 463
1389. ... même par un tiers non intéressé. 464
1390. Le paiement qui émane d'un tiers non intéressé et qui est utile au débiteur est une gestion d'affaires. 464
1391. Le créancier peut-il refuser le paiement offert par un tiers non intéressé? 465
1392. Un tiers peut payer en son propre nom 465
1393. Un tiers peut payer malgré le débiteur. 466
1394. ... excepté quand le créancier et le débiteur sont d'accord pour s'opposer au paiement. 467

(Nos) Pages.
1395. Le tiers non intéressé qui paie en son propre nom ne peut pas contraindre le créancier à le subroger. 467
1396. Il en est de même quand il paie au nom du débiteur 468
1397. Réfutation d'une autre explication de l'art. 1236, al. 2. 468
1398. Effets du paiement dans les rapports du tiers qui a payé et du débiteur. 1re hypothèse : le tiers est subrogé 470
1399. ... 2e hypothèse : le tiers n'est pas subrogé. 470
1400. Dans deux cas le tiers n'a pas de recours contre le débiteur . . . 471
1401. Des cas où l'obligation de faire ne peut pas être acquittée par un tiers contre le gré du créancier. 472
1402. L'art. 1237 concerne même les tiers intéressés 473
1403. Des cas où le créancier n'a pas intérêt à ce que l'obligation de faire soit remplie par le débiteur lui-même 474
1404. *Quid* si, dans un de ces derniers cas, une clause spéciale exige que l'exécution émane du débiteur lui-même? 474
1405. Il peut arriver que l'art. 1237 s'applique à des obligations de donner 474
1406. Mais, pour cela, il faut que le créancier ait intérêt à ce que l'exécution émane du débiteur 475

II. *Conditions requises dans la personne de celui qui paie.*

1407. Les conditions exigées par la loi supposent qu'il s'agit d'un paiement translatif de propriété. 475
1408. Le créancier peut refuser le paiement qui ne satisfait pas à ces conditions 477

A. Du paiement fait par un non propriétaire.

1409. Ce paiement est nul 477

1. Droit du créancier.

1410. Le créancier peut demander l'annulation et des dommages-intérêts 478
1411. Cas où il ne peut plus demander l'annulation 478
1412. *Quid* quand le créancier peut opposer la prescription acquisitive? 479
1413. *Quid* quand il peut opposer la maxime : *En fait de meubles la possession vaut titre?* 479
1414. L'action du créancier est prescriptible par trente ans. 480
1415. *Quid* si le créancier a consommé la chose? 481
1416. *Quid* si, après avoir été livrée, la chose périt par cas fortuit? . . 481

2. Droit du débiteur.

1417. Le débiteur peut-il faire annuler le paiement?. 482
1418. Le créancier a un droit acquis à tous les avantages que le paiement lui a procurés 483
1419. Du cas où le créancier a consommé la chose de bonne foi. 484
1420. Quand y a-t-il consommation? 485
1421. Les deniers doivent-ils être réputés consommés par cela seul que le créancier les a mêlés à d'autres pièces semblables? 485
1422. La bonne foi est requise au moment de la consommation. 486
1423. Il faut généraliser la disposition de l'art. 1238, al. 2. 486

(Nos) Pages

3. Droit du tiers propriétaire.

1424. Le tiers propriétaire peut revendiquer 486

B. Du paiement fait par un incapable.

1425. Il faut que le *solvens* soit capable d'aliéner. 487
1426. S'il n'est pas capable, le paiement est annulable. 488
1427. Mais les risques sont pour le créancier. 489
1428. Des cas où le débiteur a intérêt à demander l'annulation 489
1429. Si la propriété de la chose a été transférée avant la livraison, la capacité d'aliéner n'est pas requise 490
1430. Du cas où l'obligation était annulable ou rescindable 490
1431. Le paiement ne peut pas être annulé si le créancier est, sans sa faute, dans l'impossibilité de restituer la chose. 490

III. *A qui le paiement doit être fait.*

1432. Il doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant qualité pour recevoir à sa place. 491

A. Paiement fait au créancier.

1433. Le créancier doit être capable de recevoir. 491
1434. Le débiteur n'est pas tenu de payer à nouveau si le paiement a profité à l'incapable. 492
1435. Il est tenu de payer à nouveau dans le cas contraire. 493

B. Paiement fait à une personne ayant qualité pour le recevoir à la place du créancier.

1436. Du pouvoir de toucher à la place du créancier. 494
1437. Mandat général. 495
1438. Mandat conféré pour un temps fixe. 495
1439. Mandat tacite. 496
1440. L'avoué chargé d'obtenir un jugement de condamnation peut-il toucher le paiement ? 497
1441. *Quid* des notaires ? 498
1442. Le mandat de vendre ou de louer renferme-t-il celui de recevoir le paiement ? 499
1443. De la révocation du mandat de recevoir le paiement. 500
1444. Du cas où le paiement nul a été ratifié ou a profité au créancier. 501
1445. Validité du paiement fait de bonne foi au possesseur de la créance. 502
1446. *Première condition :* Que faut-il entendre par ces mots *possesseur de la créance ?* 502
1447. Cette disposition s'applique aux possesseurs à titre particulier. . 503
1448. Des héritiers apparents. 504
1449. *Deuxième condition :* il faut que le débiteur ait payé de bonne foi. 504
1450. L'art. 1240 ne concerne que le paiement proprement dit. 505
1451. Pouvoir d'appréciation des juges du fond. 505
1452. *Quid* lorsque le paiement émane d'un tiers ?. 506
1453. Le débiteur ne peut pas payer au mépris d'une saisie-arrêt. . . . 506
1454. S'il paie, les saisissants ne pourront exiger un nouveau paiement que chacun selon son droit. 508

(Nos) Pages
1455. Conséquences de l'obligation pour le tiers saisi de ne faire aucun paiement au saisi. 508
1456. Le tiers saisi peut se libérer par la voie d'offres réelles suivies de consignation. 509
1457. A quel moment le saisissant acquiert-il un droit exclusif sur la somme saisie-arrêtée ? 510
1458. La saisie-arrêt frappe-t-elle d'indisponibilité la créance entière ? 515

IV. *Quelle chose doit être payée, en quel état, comment ?*

A. De l'objet du paiement. En quel état la chose doit être payée ?

1459. Le créancier ne peut être contraint de recevoir que la chose due. 519
1460. Et le débiteur ne peut être forcé de livrer que cette chose. . . . 520
1461. Exception quand l'obligation est facultative. 520
1462. Du cas où il y a dation en paiement. 520
1463. Pour déterminer la chose qui doit être prestée, il faut examiner trois hypothèses. 520
1464. *a.* — Du cas où la chose due est un corps certain : le débiteur est libéré par la remise de cette chose dégradée sans sa faute. . 520
1465. Cela suppose que les dégradations ne proviennent pas « de son fait ou de sa faute ». 521
1466. *Quid* si le débiteur était en faute au moment où sont survenues les dégradations fortuites ? 522
1467. Des droits du créancier quand les dégradations proviennent de la faute du débiteur. 523
1468. *Quid* si le débiteur a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à la chose ? 523
1469. *b.* — Si la chose due n'est déterminée que par son espèce, le débiteur n'est tenu d'offrir qu'une chose de qualité moyenne. 523
1470. Mais il doit se renfermer dans les limites du genre convenu . . 524
1471. Cette disposition s'applique aux choses qui, de leur nature, sont fongibles 525
1472. Elle ne concerne pas le prêt de consommation 525
1473. Ni le cas où il s'agit d'un genre limité 525
1474. *c.* — La somme d'argent, objet de l'obligation, doit être comptée d'après la valeur nominale des espèces à l'époque du paiement 526
1475. En principe le paiement d'une somme d'argent doit être fait en espèces métalliques. Des billets de banque 527
1476. De la monnaie de billon 529
1477. En principe le paiement ne peut être fait qu'en monnaies ayant cours légal dans le pays 530

B. De la manière dont le paiement doit être fait.

1478. La chose doit être payée tout entière en une seule fois 531
1479. Il y a exception dans le cas de clause contraire et dans le cas de compensation. 532
1480. Du bénéfice de division 533
1481. Le juge peut, en accordant des délais successifs, autoriser la division du paiement 533

(Nos) Pages
1482. Historique du terme de grâce 535
1483. Des critiques adressées à la disposition de l'art. 1244, al. 2 . . . 539
1484. Motifs de la loi. 540
1485. La convention ne peut pas déroger à la disposition de l'art. 1244, al. 2 541
1486. Les juges peuvent accorder d'office un ou plusieurs délais . . . 543
1487. *Quid* quand le titre est exécutoire ? Distinction 544
1488. 1re *hypothèse :* Le titre est un jugement 544
1489. 2e *hypothèse :* Le titre est un acte notarié 545
1490. Interprétation de l'art. 2212 548
1491. Pouvoir discrétionnaire des juges quant aux délais de grâce . . . 549
1492. Le terme de grâce a pour effet de surseoir à l'exécution 551
1493. Il ne fait pas obstacle à la compensation 551
1494. Ni aux actes conservatoires 552
1495. *Quid* de la saisie-arrêt ? 552
1496. A qui profite le terme de grâce ? A qui est-il opposable ? 553
1497. Dès l'expiration du délai, les poursuites peuvent être reprises. 554
1498. Faute par le débiteur d'acquitter l'un des termes, le paiement total devient exigible 554
1499. Hypothèses dans lesquelles il ne peut pas être accordé du délai : *a)* hypothèses prévues par le Code civil 554
1500. *Suite : b)* hypothèses prévues par l'art. 124 C. pr. civ. 556
1501. Exception relative à la lettre de change et au billet à ordre . . 559
1502. Exception relative aux annuités dues au Crédit foncier 560

V. *Lieu et frais du paiement.*

A. Lieu du paiement.

1503. Du cas où le lieu est désigné par la convention 560
1504. La loi admet une convention tacite au cas où l'obligation a pour objet un corps certain 561
1505. *Quid* si la convention porte que le paiement sera fait *au domicile du créancier ?* 562
1506. Le créancier peut exiger que le paiement se fasse au lieu désigné 562
1507. En l'absence de toute convention, le paiement doit être fait au domicile du débiteur. 562
1508. *Quid* si le débiteur a changé de domicile depuis la convention ? 563
1509. Le créancier peut invoquer l'art. 1247 565
1510. Le débiteur peut renoncer à l'avantage de payer à son domicile. 565
1511. De la clause des polices d'assurance qui déclare les primes portables. 565

B. Des frais de paiement.

1512. Ils sont à la charge du débiteur. 569
1513. *Secus* des frais d'enlèvement 569
1514. Les frais de quittance doivent être supportés par le débiteur . . . 571
1515. Les parties peuvent déroger à ces règles. 572

§ II. *Du paiement avec subrogation.*

(Nos) Pages.

I. *Définition et caractères de la subrogation.*

1516. Subrogation réelle et subrogation personnelle. 572
1517. Origine de la subrogation personnelle. 574
1518. Examen des deux principaux systèmes sur la nature de cette subrogation. 575
1519. Différence pratique entre ces deux systèmes. 578
1520. Système qui assimile la subrogation à une cession-transport. . . 578
1521. Différences qui existent entre la subrogation et la cession de créance 579

II. *Des sources de la subrogation.*

1522. Subrogation conventionnelle, subrogation légale 583

A. De la subrogation conventionnelle.

1. De la subrogation consentie par le créancier.

1523. Conditions auxquelles cette subrogation est soumise 583
1524. *a* Cette subrogation doit être expresse. 584
1525. *b.* Elle doit être faite en même temps que le paiement. 584
1526. Peu importe que le tiers qui paie ait emprunté les deniers 585
1527. De la subrogation consentie par le mandataire du créancier . . . 589
1528. L'art. 1328 s'applique-t-il à la quittance subrogatoire sous seing privé ?. 587
1529. Le créancier peut limiter les effets de la subrogation 588

2. De la subrogation consentie par le débiteur.

1530. Sa raison d'être 588
1531. Historique. 588
1532. Conditions légales de cette subrogation. 590
1533. Les deux déclarations peuvent émaner de l'une ou de l'autre des parties 591
1534. L'emprunt et le paiement peuvent être constatés par le même acte. 591
1535. Une déclaration expresse de subrogation n'est pas nécessaire . . 591
1536. Faut-il que les deux actes notariés soient dressés le premier au moment de l'emprunt et le second au moment du paiement ?. 591
1537. L'acte notarié constatant le but de l'emprunt peut être rédigé avant la réalisation de celui-ci 592
1538. Les trois conditions ci-dessus sont requises dans l'intérêt des tiers. 593
1539. Elles sont requises même en matière commerciale 593
1540. Le concours de la volonté du créancier n'est pas nécessaire . . . 593

B. De la subrogation légale.

1541. Généralités. Cas prévus par l'art. 1251. 594
1542. *1er cas :* Un créancier paie un autre créancier qui lui est préférable 595
1543. La seule condition requise est celle du paiement à un créancier préférable par ses privilèges ou hypothèques 596

(Nos) Pages

1544. *Quid* si le créancier désintéressé était du même rang ou d'un rang inférieur? 596
1545. Si un vendeur a demandé la résolution, un autre créancier peut il prétendre, en offrant de le payer, être subrogé dans l'action résolutoire? 597
1546. *Quid* si le créancier désintéressé est préférable à raison d'un droit d'antichrèse? 597
1547. *2e cas :* l'acquéreur d'un immeuble emploie son prix au paiement des créanciers hypothécaires 598
1548. Cet acquéreur n'est pas obligé de requérir la cession d'actions. . 599
1549. La subrogation n'a pas lieu au profit de l'acquéreur d'un meuble, ou d'une servitude prédiale, etc 599
1550. La subrogation peut s'opérer au profit de celui qui a acquis *a non domino* 600
1551. *Quid* si le prix avait été employé à payer les créanciers ayant privilège sur l'immeuble acquis? 600
1552. Il n'est pas nécessaire que l'acquéreur ait payé directement aux créanciers hypothécaires ou privilégiés. 601
1553. A quoi est subrogé l'acquéreur 601
1554. *Quid* s'il a employé plus que son prix à désintéresser les créanciers hypothécaires? 602
1555. *Quid* du donataire qui a désintéressé les créanciers hypothécaires? 602
1556. *3e cas :* Subrogation au profit de celui qui était tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette 603
1557. Quand est-ce qu'il était tenu *avec d'autres?* 603
1558, Quand est-ce qu'il était tenu *pour d'autres?* 604
1559. *4e cas :* L'héritier bénéficiaire a payé de ses deniers les dettes de la succession 605
1560. *Quid* si l'héritier bénéficiaire a payé au mépris d'une opposition? 605
1561. *Quid* du curateur à la succession vacante qui a payé de ses propres deniers les dettes héréditaires? 606
1562. Portée du mot *dettes* 607
1563. Dans quelle mesure l'héritier bénéficiaire est-il subrogé? 607
1564. Subrogation du payeur par intervention 607
1565. Subrogation des officiers publics. 608
1566. Subrogation du conservateur des hypothèques. 608

III. *Effets de la subrogation.*

1567. Le subrogé prend la place du subrogeant. Applications. 608
1568. Limitations de ce principe 609
1569. Au cas de paiement partiel, la subrogation ne peut pas nuire au créancier 609
1570. Etendue du droit de préférence accordé au subrogeant 610
1571. Ce droit existe-t-il si la créance est chirographaire ? 610
1572. *Quid* si la créance payée partiellement est garantie par un cautionnement? 611
1573. Le droit de préférence est-il transmissible à ceux qui paieraient ultérieurement avec subrogation d'autres portions de la créance? 611

(Nos) Pages
1574. Ce droit peut être compris dans une cession 613
1575. La disposition de l'art. 1252 n'est pas d'ordre public 613
1576. Le subrogé peut céder ses droits 613
1577. Si la créance n'existait pas, le subrogé peut exercer l'action en répétition 613

§ III. *De l'imputation des paiements.*

1578. Détermination de l'hypothèse 614

I. *Imputation faite par le débiteur.*

1579. Le débiteur a le droit de déclarer quelle dette il entend acquitter. 614
1580. Il ne peut pas imputer le paiement sur le capital par préférence aux intérêts 615
1581. Cette règle s'applique à la caisse des dépôts et consignations. . . 616
1582. Du cas où, d'après les termes de la quittance, l'imputation est faite à la fois sur le capital et sur les intérêts 616
1583. *Quid* si un créancier hypothécaire ou privilégié n'a obtenu dans la faillite du débiteur qu'une collocation partielle, alors qu'il réclamait une somme principale et des intérêts? 616

II. *Imputation faite par le créancier.*

1584. Cette imputation est considérée comme le résultat d'une convention 618
1585. Du cas où elle a été obtenue par dol ou par surprise 618
1586. Est-ce dans les trente ans ou dans les dix ans que le débiteur peut alors revenir sur l'imputation ? 618
1587. Imputation faite par le débiteur et le créancier d'un commun accord. 619

III. *Imputation légale.*

1588. La loi y établit une juste balance entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur. 619
1589. L'imputation doit être faite sur la dette échue plutôt que sur la dette non échue 620
1590. Si toutes les dettes sont échues, elle doit être faite sur celle dont l'extinction doit procurer le plus grand profit au débiteur. . . 620
1591. Si le débiteur n'a pas plus d'intérêt à l'extinction de l'une des dettes que de l'autre, l'imputation se fait sur la plus ancienne. 621
1592. Si l'application des règles précédentes ne donne pas de résultat, l'imputation se fait proportionnellement 622
1593. L'art. 1256 ne s'applique pas en matière de faillite. 622
1594. Les règles de l'imputation sont étrangères au compte-courant . . 623

§ IV. *Des offres de paiement et de la consignation.*

1595. Définitions. Généralités 624

I. *Procédure des offres réelles et de la consignation.*

1596. Du droit commun de la matière. 624

A. Droit commun applicable principalement aux dettes de somme d'argent.

1. Offres réelles.

(N°)		Pages
1597.	Il faut : 1° Que les offres soient faites au créancier ayant capacité de recevoir	625
1598.	2° ... qu'elles soient faites par une personne capable de payer	625
1599.	3° ... qu'elles soient de la totalité de ce qui est dû	626
1600.	Des charges ou réserves accompagnant les offres	627
1601.	Des erreurs de calcul	628
1602.	Des offres réelles supérieures au chiffre de la somme due	628
1603.	4° Il faut que le terme soit échu	629
1604.	5° ... que la condition soit accomplie	629
1605.	6° ... que les offres soient faites, en principe, au lieu convenu pour le paiement	630
1606.	Sphère d'application de l'art. 584 C. pr. civ.	630
1607.	*Quid* si l'huissier ne trouve personne au domicile du créancier? si celui-ci demeure hors du territoire continental de la France ou à l'étranger?	632
1608.	7° Il faut que les offres soient faites par un officier ministériel ayant qualité pour cette sorte d'acte	632
1609.	8° Condition qui résulte des art. 812 et 813 C. pr. civ.	632
1610.	Offres faites dans le cours d'une instance	633
1611.	Du cas où le créancier accepte les offres réelles	634

2. Consignation.

1612.	Au cas de refus du créancier d'accepter les offres, le débiteur peut consigner	635
1613.	Pour que la consignation soit valable, il faut : 1° qu'elle ait été précédée d'une sommation	636
1614.	2° ... que le débiteur ait déposé la chose conformément à la loi	636
1615.	3° ... qu'il y ait eu procès-verbal dressé par l'officier ministériel	637
1616.	4° ... qu'en cas de non comparution du créancier, le procès-verbal lui ait été signifié avec sommation de retirer la chose déposée	638
1617.	Dans trois cas la consignation peut avoir lieu sans offres réelles préalables : *a*) cas prévu par l'art. 777 C. pr. civ.	638
1618.	*b*) cas où la dette est constatée par un effet à ordre ou au porteur	639
1619.	*c*) cas prévu par l'art. 54 de la loi du 3 mai 1841	639
1620.	Y a-t-il dispense d'offres réelles toutes les fois que le débiteur est dans l'impossibilité de payer valablement entre les mains du créancier?	639

B. Droit d'exception applicable aux dettes de corps certains.

1621.	Les offres réelles sont alors remplacées par une sommation de prendre livraison	640
1622.	*Quid* si le corps certain doit être livré dans un lieu autre que celui où il se trouve actuellement?	641
1623.	*Quid* s'il s'agit d'une dette alternative et que le choix appartienne au créancier?	641
1624.	Dette d'un immeuble	642

(Nos) Pages
1625. Dettes de choses indéterminées autres qu'une somme d'argent. . 642

C. Obligations de faire ou de ne pas faire.

1626. Comment le débiteur peut se libérer en cas de refus du créancier. 644

II. *Effets des offres réelles suivies de consignation.*

1627. Les offres réelles suivies de consignation *tiennent lieu de paiement* 644
1628. La libération ne date que de la consignation. 645
1629. Effets que les offres réelles peuvent produire indépendamment de toute consignation 646
1630. Le débiteur peut retirer la consignation tant qu'elle n'a pas été acceptée 646
1631. Les créanciers du débiteur peuvent-ils exercer cette faculté en son nom ? 647
1632. Effets de l'acceptation par le créancier 648
1633. Une fois la consignation acceptée, le débiteur ne peut pas la retirer sans le consentement du créancier 648

III. *Frais des offres réelles et de la consignation.*

1634. Ces frais sont à la charge du créancier. 650

§ V. *De la cession de biens.*

1635. Généralités 650

1. De la cession volontaire.

1636. Notion générale 651
1637. Le débiteur confère aux créanciers le mandat irrévocable de vendre les biens abandonnés 652
1638. Le débiteur n'abandonne que la possession. 652
1639. Le débiteur peut-il hypothéquer les immeubles abandonnés? . . 653
1640. Des fruits des immeubles abandonnés 654
1641. Après la cession, les créanciers hypothécaires sont-ils soumis au renouvellement des inscriptions ?. 654
1642. Ceux qui n'ont pas requis inscription avant l'abandonnement, peuvent-ils le faire ultérieurement?. 655
1643. Les créanciers peuvent-ils agir sur les biens que le débiteur acquiert depuis la cession? 655
1644. Distinction de la cession volontaire et du contrat d'*atermoiement*. 659

2. De la cession judiciaire.

1645. Définition et historique 656
1646. Conditions requises pour la cession judiciaire 656
1647. De la preuve 657
1648. La cession doit être faite à tous les créanciers, qui, en principe, ne peuvent pas la refuser. 658
1649. Elle doit comprendre tous les biens 659
1650. Effets de la cession judiciaire. 660
1651. De la clause de renonciation au bénéfice de cession. 660

APPENDICES A L'ÉTUDE DU PAIEMENT

APPENDICE I

DES OBLIGATIONS NATURELLES

(Nos) Pages

1652. Généralités 661

I. *Historique et définition.*

1653. Droit romain 661
1654. Domat et Pothier 665
1655. Travaux préparatoires 671
1656. Définition. 673
1657. Système du Code fédéral et du Code civil allemand. 674
1658. Jurisprudence française. 675

II. *Classification des obligations naturelles.*

1659. Division en deux catégories. 676

A. Des obligations naturelles dès leur naissance.

1660. Obligation naturelle qui survit à l'annulation ou à la rescision des actes d'un incapable 676
1661. *Quid* des dettes de jeu ou de pari? 677
1662. *Quid* des engagements secrets pris à propos des cessions d'offices? 681
1663. *Quid* du devoir de doter les enfants?. 682
1664. *Quid* du devoir de fournir des aliments aux parents ou alliés autres que ceux visés par les art. 205 à 207?. 684
1665. *Quid* du devoir de rémunérer des services quand celui qui les a rendus ne peut pas réclamer un salaire en justice? 685
1666. Les donations non revêtues des formes solennelles engendrent-elles une obligation naturelle ? 686
1667. Même question pour les dispositions contenues dans des testaments irréguliers. 687
1668. Des engagements d'honneur. 688

B. Des obligations naturelles qui survivent à des obligations civiles.

1669. La chose jugée laisse-t-elle subsister une obligation naturelle? . 689
1670. Même question pour le serment litis décisoire. 689
1671. ... pour la prescription 690
1672. ... pour les remises concordataires 691
1673. ... pour la suppression des rentes féodales. 692

III. *Des effets des obligations naturelles.*

1674. Validité du paiement fait en connaissance de cause 692
1675. Est-ce le seul effet de l'obligation naturelle?. 693
1676. Cette obligation peut-elle être cautionnée?. 695
1677. Peut-elle être garantie par un nantissement, par une constitution d'hypothèque?. 697
1678. Peut-elle être novée?. 697
1679. Peut-elle être confirmée?. 698
1680. De la promesse de payer une dette naturelle 700

(Nos) Pages
1681. L'obligation naturelle ne peut pas faire l'objet de la compensation légale 700
1682. Peut-elle donner lieu au droit de rétention?. 701
1683. Différence entre le droit romain et le droit français quant aux effets des obligations naturelles. 704

APPENDICE II

DE LA DATION EN PAIEMENT

1684. Définition. Généralités. 705
1685. La dation en paiement implique-t-elle une novation?. 706
1686. Comparaison de la dation en paiement et de la vente 710
1687. L'art. 1602, al. 2, n'est pas applicable à la dation en paiement . . 712
1688. La dation en paiement ne peut pas être rescindée pour cause de lésion de plus des sept douzièmes. 713

TABLE

DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS DANS LE TOME II

I. CODE CIVIL

Articles	Numéros
1168	743-751.
1169	779, 787.
1170	780.
1171	785-786.
1172	752-764.
1173	765-768.
1174	781-784.
1175	790-797.
1176-1177	798-801.
1178	802-808.
1179	809-826, 839, 888-891, 935.
1180	840-845, 868, 880, 993-997.
1181	827-838.
1182	851-862, 882, 892-894.
1183	863-887, 895-899.
1184	900-940, 951-967.
1185	986-987, 1000-1005.
1186	987-3°, 988-992.
1187	975-985.
1188	1032-1035, 1038-1041.
1188-1°	1006-1013, 1036-1037.
1188-2°	1014-1031.
1189	1042-1045.
1190	1058-1068.
1191	1069-1081.
1192	1046.
1193, al. 1	1085-1087.
1193, al. 2	1088-1093.
1194	1094-1095.
1195	1082-1084.
1196	1042.
1197	1120-1123, 1125-1129.
1198, al. 1	1137-1146.
1198, al. 2	1152, 1164.
1199	1147-1149.
1200	1170, 1203.
1201	1117.
1202, al. 1	1172-1175.
1202, al. 2	1173, 1180-1199.
1203	1203-1209.
1204	1210-1212.
1205	1213, 1224-1226.
1206	1213-1223.
1207	1227-1230.
1208	1237-1254.
1209	1241.
1210	1279-1282.
1211	1283-1284.
1212	1285-1288.
1213	1256-1257.
1214, al. 1	1258-1259, 1266-1271.
1214, al. 2	1260.
1215	1261-1265.
1216	1272-1277.
1217	1313-1317.
1218	1317.
1219	1341.
1220	1318-1319.
1221 *in princ.*	1320-1321.
1221-1°	1322.
1221-2°	1324.
1221-3°	1323.
1221-4°	1325-1326.
1221-5°	1327-1328.
1222	1333.
1223	1334.
1224, al. 1	1330.
1224, al. 2	1331.

Articles	Numéros	Articles	Numéros
1225	1334-1338.	1251-2°	1547-1555.
1226	1345.	1251-3°	1556-1558.
1227	1357.	1251-4°	1559-1563.
1228	1345.	1252	1521, 1567, 1569-1577.
1229, al. 1	1363.	1253	1579.
1229, al. 2	1364.	1254	1580-1583.
1230	1367-1371.	1255	1584-1585.
1231	1350.	1256	1588-1594.
1232	1375-1377, 1380.	1257	1595 1596, 1612, 1622, 1625, 1627-1628.
1233, al. 1	1378.		
1233, al. 2	1379.	1258-1°	1597.
1234	1383.	1258-2°	1598.
1235, al. 1	1385.	1258-3°	1599-1602.
1235, al. 2	1386, 1652-1683.	1258-4°	1603.
1236	1387-1400.	1258-5°	1604.
1237	1401-1405.	1258 6°	1605-1607.
1238, al. 1	1407-1414, 1424-1431.	1258-7°	1608.
1238, al. 2	1415-1423.	1259 *in princ.*	1612.
1239, al. 1	1432-1433, 1436-1444.	1259-1°	1613.
1239, al. 2	1444.	1259-2°	1614.
1240	1445-1452.	1259-3°	1615.
1241	1434-1435.	1259-4°	1616.
1242	1453-1458.	1260	1634.
1243	1459-1462, 1684-1688.	1261	1630.
1244, al. 1	1478.	1262	1633.
1244, al. 2	1481-1502.	1263	1633.
1245	1464-1468.	1264	1621-1622.
1246	1469-1473.	1265	1635.
1247	1503-1511.	1266	1635.
1248	1512-1515.	1267	1636.
1249	1522.	1268	1645-1647, 1649, 1651.
1250-1°	1523 1529.	1269	1650.
1250-2°	1530-1540.	1270, al. 1	1648.
1251 *in princ.*	1541.	1270, al. 2 et 3	1650.
1251-1°	1542-1546.		

II. CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Articles	Numéros	Articles	Numéros
124	1031, 1500.	584	1606.
125	1494.	717, al. 1 à 5.	949.
175	1204.	812 et 813	1609.

III. CODE DE COMMERCE

Articles	Numéros	Articles	Numéros
146	982 983.	444, al. 1	1007-1010.
157	1501.	445, al. 2	1583.
159, al. 2	1564.	446	1036.
167 et 168	1297.	542	1211.
187	982-983, 1501, 1564.		

IV. CODE PÉNAL

Article	Numéro
55	1197.

V. CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

Article	Numéro
465	1500-3°.

VI. LOIS SPÉCIALES

	Numéros
L. 11 brumaire an VII (Régime hypothécaire), art. 53	1566
L. 22 frimaire an VII (Enregistrement), art. 29 et 30	1565
— — art. 32	1198
L. 3 septembre 1807 (Reconnaissance d'écriture), art. 1	998-999
D. 1er juillet 1809 (*Passe de sac*), art. 1, art. 2, al. 2, art. 3	1513
D. 18 août 1810 (Monnaie de cuivre et de billon), art. 2	1476
D. 18 juin 1811 (Frais en matière criminelle), art. 156	1197
L. 3 mai 1841 (Expropriation pour cause d'utilité publique), art. 18	950
— — art. 53, al. 2 et art. 54	1619
D. 28 février 1852 (Sociétés de crédit foncier), art. 10 et 14	985
— — art. 24	p. 127, note 3
— — art. 26	1502
L. 10 juin 1853 (Sociétés de crédit foncier), art. 8	p. 128, note continuée.
L. 23 mars 1855 (Transcription en matière hypothécaire), art. 4	947
— — art. 7	941-946
L. 14 juillet 1866 (Monnaies), art. 5	1476
L. 22 juillet 1867 (Contrainte par corps), art. 1, 2 et 5	1647
L. 24 juillet 1867 (Sociétés), art. 41	1196
L. 12 août 1870 (Cours légal des billets de la Banque de France), art. 1 et 2.	1475
L. 23 août 1871 (Augmentations d'impôts et impôts nouveaux relatifs à l'enregistrement et au timbre), art. 23, al. 3	1514
L. 3 août 1875 (Budget), art. 28	1475
L. 4 mars 1889 (Liquidation judiciaire), art. 8, al. 1	1011
L. 4 avril 1889 (Code rural, titre VI : Animaux employés à l'exploitation des propriétés rurales)	1199
L. 27 décembre 1890 (Louage de services), art. 1 (complétant l'art. 1780 C. civ.)	1353
L. 1er août 1893 (Sociétés par actions), art. 5	1196
L. 7 avril 1900 (Taux de l'intérêt légal de l'argent), art. 1	1227

ERRATA ET ADDENDA (1)

P. 2, n. 748, ligne 1. — Au lieu de : législateur, lire : testateur.

P. 17, ligne 8. — Après : *celui qui s'oblige,* mettre en note : V. Civ. cass., 1er mars 1899, D. P., 99. 1. 360.

P. 32, note 3, ligne 3. — Après : *Oblig.,* n. 212, ajouter : Trib. comm. Seine, 11 novembre 1899, *Gaz. Pal.,* 1900. 1. 659.

Même page, note 4, ligne 1. — Après : *loc. cit.,* mettre : Trib. comm. Seine, 11 novembre 1899, précité.

P. 33, note 1, ligne 4. — Ajouter : Trib. comm. Seine, 11 novembre 1899, précité.

P. 34, note 1, ligne 3. — Ajouter : Trib. comm. Seine, 11 novembre 1899, précité.

P. 37, lignes 27, 28 et 29. — Au lieu de : Aussi n'a-t-elle été admise ni par le Code fédéral des obligations, ni par le Code civil allemand. Le premier de ces codes..., lire : Aussi a-t-elle été rejetée par plusieurs des codes civils les plus récents. Le Code fédéral des obligations...

P. 39, après la ligne 7. — Ajouter : Nous retrouvons la même conception dans le Code général des biens pour la principauté de Monténégro (art. 568-569) et dans le Code civil japonais (art. 127).

P. 56, note 2 *in fine.* — Ajouter : Roger, *Tr. de la saisie-arrêt,* n. 953; Garsonnet, *Tr. th. et prat. de proc. civ.,* III, § 592, p. 682. — Lyon, 3 juin 1841, S., 41. 2. 631. — *Contra* Bordeaux, 29 mai 1840, D., *Répert. alph.,* vo *Saisie-arrêt,* n. 61 (note). — Poitiers, 12 décembre 1876, D. P., 77. 2. 231.

P. 93, note 4, ligne 2. — Après : al. 2, p. 13, ajouter : C. cass. de Rome, 13 juillet 1892 (contrat de prêt), D. P., 94. 2. 291.

P. 111, n. 324, ligne 5. — Après : appelé à statuer, mettre en note : V. Req., 23 février 1898, *Gaz. Pal.,* 98. 1. 378.

P. 136, note 3. — Après : p. 87, ajouter : C. civ. argent., art. 1201; C. civ. montén., art. 538; C. civ. japon., art. 533.

P. 160, note 1, ligne 9. — Au lieu de : ne fait pas obstacle : lire : fait obstacle.

Même page et même note *in fine.* — Ajouter : V. *infra,* n. 1495.

P. 163, n. 1001, ligne 11. — Avant : Le Code civil italien..., mettre : Le Code civil japonais renferme la disposition suivante : « Si, pour l'exécution de l'obligation, il existe un terme certain, le débiteur est en demeure à partir de l'arrivée du terme. — S'il existe un terme incertain, le débiteur est en demeure à partir du moment où il a connu l'arrivée du terme ». Art. 412, al. 1 et 2.

P. 166, n. 1007, ligne 2. — Après : « ...déclaré en faillite », mettre en note : V. cependant Trib. comm. Marseille, 6 juin 1900, *Gaz. Pal.,* 1900. 2. 286.

P. 169, note 1, ligne 2. — Après : (art. 1188, n. 4), ajouter : A plus forte raison ne peut-on pas faire résulter la déconfiture de ce que, dans un avenir plus ou

(1) Nous comprenons dans les *addenda* les décisions judiciaires publiées pendant que ce volume était en cours d'impression. Le lecteur aura ainsi sous les yeux le tableau de la jurisprudence parue jusqu'au 1er août 1901.

moins éloigné, le débiteur se trouvera peut-être dans l'impossibilité de payer ses dettes. Trib. civ. de Bordeaux, 10 janvier 1898, *Journ. des arr. de Bordeaux*, 98. 2. 45.

P. 212, note 4. — Ajouter : V. aussi C. civ. japon., art. 127 et 411 (traduc. Motono et Tomii, p. 33 et p. 101-102).

P. 240, n. 1124 *in fine*. — Mettre en note : V. *infra*, n. 1341.

P. 246, n. 1132, ligne 3 *in fine*. — Au lieu de : sa, lire : la.

P. 287, ligne 7. — Au lieu de : 2002, lire : 1202.

P. 323, n. 1231, lignes 3 et 4. — Au lieu de : à l'égard des débiteurs solidaires, lire : à l'égard de l'un des débiteurs solidaires.

P. 328. — Ajouter :

1235 *bis*. Ainsi, comme nous venons de l'exposer, la cour de cassation décide que l'appel interjeté en temps utile par l'un des débiteurs solidaires relève les autres de la déchéance qu'ils avaient encourue pour forclusion, n'ayant pas formé de recours dans les délais légaux. Mais il est une autre hypothèse, très voisine de la précédente, ou plutôt qui doit se confondre avec elle, et pour laquelle, cependant, la cour suprême adopte la solution contraire. Cette seconde hypothèse, la voici : une condamnation a été prononcée contre des débiteurs solidaires. Elle est devenue définitive à l'égard d'un ou de quelques-uns d'entre eux, qui ont usé des voies de recours contre le jugement, mais dont l'opposition et l'appel ont été déclarés tardifs. Donc, tandis que nous supposions tout à l'heure qu'un ou plusieurs des débiteurs solidaires avaient laissé passer les délais sans former appel, nous supposons maintenant qu'ils ont formé appel, ou successivement, opposition et appel, et qu'ils ont été déclarés non-recevables. D'après la cour de cassation, ils ne peuvent pas, dans ce dernier cas, se prévaloir de la décision favorable qui intervient ultérieurement sur l'opposition ou l'appel formé en temps utile par un de leurs coobligés (Civ. cass., 27 nov. 1893, S., 94. 1. 233, D. P., 94. 1. 378. — Civ. rej., 1er mai 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 651). Mais pourquoi se prononcer différemment suivant qu'en ce qui regarde les débiteurs dont nous parlons, il n'y a pas eu recours ou que leur recours a été déclaré tardif? Dans les deux cas, ils n'ont pas formé de recours dans les délais légaux, et, par conséquent, il y a même raison de décider. (V. la note de M. Tissier dans S., sous civ. cass., 27 nov. 1893, précité.)

P. 405. — Après le titre : « Des obligations divisibles et indivisibles », mettre en note : On consultera utilement sur cette délicate matière : *Des obligations divisibles et indivisibles*, par Camille Kleyer (thèse pour le doctorat, Bruxelles, 1873); *De l'indivisibilité dans les obligations en droit romain et en droit français*, par Louis Getteron (thèse pour le doctorat, Bordeaux, 1876).

P. 412, note 1, ligne 3. — Après : n. 702, ajouter : Duranton, XI, n. 247.

P. 498, note 2, ligne 3. — Après : 68. 2. 215, ajouter : Douai, 19 avril 1886, *Gaz. Pal.*, 86. 1. 790. — Lyon, 1er août 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 635. — Trib. civ. Cosne, 5 juin 1899, *Gaz. Trib.*, 2e part., 99. 2. 246.

Même page, note 3, ligne 3. — Après : 77. 1. 150, ajouter : Trib. civ. Neufchâteau, 9 juin 1898, *Rec. Nancy*, 1897-1898, 227, *Gaz. Pal.*, Tables de 1899, 1er sem., vo *Paiement*, n. 6. — Req., 5 nov. 1900, D. P., 1901. 1. 25, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 643.

P. 499, note continuée. — Ajouter : Bordeaux, 13 juin 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 635. — Lyon, 1er août 1890, précité. — Montpellier, 31 oct. 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 2. 614. — Req., 7 nov. 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 647. — Cpr. Toulouse, 17 nov. 1900, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 53. — V. aussi Trib. civ. Lyon, 5 juill. 1899, *Loi*, 10 août 1899.

P. 520, n. 1462 *in fine*. — Mettre en note : V. *infra*, n. 1684-1688.

Même page, n. 1464, ligne 2. — Après : individualité, au lieu d'un point virgule, mettre une virgule.

P. 531, ligne 7. — Au lieu de : art. 143 C. civ., lire : art. 1243 C. civ.

P. 564, note *in fine*. — Ajouter : Troplong, *Vente*, II, n. 694; Colmet de Santerre, VII, n. 96 *bis*.

P. 578, note 2, à la fin de la ligne 1. — Ajouter : Civ. cass., 4 fév. 1846, S., 46. 1. 97, D. P., 46. 1. 49.

P. 580, 4°, ligne 10. — Après ces mots : qui lui est dû, mettre en note : *Contra* Civ. cass., 4 fév. 1846, précité.

P. 609, n. 1568. — Ajouter : La dispense du renouvellement des inscriptions hypothécaires, établie en faveur du Crédit foncier par l'art. 47 du décret du 28 février 1852, subsiste-t-elle au profit des tiers qui ont remboursé le Crédit foncier et que celui-ci a subrogés dans le bénéfice de sa créance? C'est dans le commentaire du titre *Des privilèges et hypothèques* qu'il convient d'examiner cette question. *Mettre ensuite en note :* V., pour la discussion, pour l'indication des autorités et dans le sens de l'affirmative, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantiss., des priv. et des hyp.*, III, n. 1759. — *Adde* en sens contraire Delpech, *Rev. crit.*, 1899, p. 510 s.; Donaud, *Des privilèges du Crédit foncier*, n. 386. — Un important jugement du trib. civ. de Pau, du 27 mai 1899, a adopté un système intermédiaire. V. D. P., 1901. 2. 153 (note anonyme).

P. 615, n. 1580 *in fine*. — Ajouter : La cour de cassation élargit la règle que nous venons d'étudier. Elle décide : « que l'*exercice du droit d'imputation laissé par la loi au débiteur ne peut jamais préjudicier au créancier*, qui ne saurait être obligé de recevoir son capital avant d'avoir été payé des intérêts ou arrérages présumés nécessaires à sa subsistance quotidienne; que l'*art. 1254 C. civ. n'est que l'application du cas le plus ordinaire d'un principe absolu, général, qui règle tous les cas analogues* ». 25 nov. 1862, S., 63. 1. 89, D. P., 63. 1. 19. — V. aussi Req., 8 juin 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 74. — Ce système peut s'autoriser des paroles de Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs*.

24,947. — Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

a39003 008534009b

DATE DUE

15 SEP. 1982			
SEP 20 1982			
CAT. NO. 1137			